echtswissenschaft.
4034
31761 08306661 3

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by
Rutherford Library,
University of Alberta

Y 435

Zeitler noch deutlicher

Winiwarter (?)

v. Hasenthal ebenso

wie Nippel

alle diese Werke

entlehnt.

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses

von

Franz Xav. Nippel,

k. k. mährisch-schlesischem Appellationsrathe, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

TIROLER-OESTERR. ADVOKATEN-KAMMER

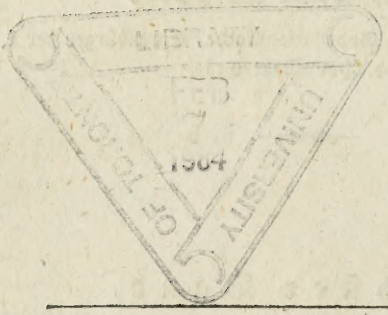
Sechster Band,

enthaltend die §§. 859 bis einschließig 982.

Grätz, 1833.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

K
N7196
E7
1830
Bd.6



Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

Zweyte Abtheilung.

Von den persönlichen Sachenrechten.

Siebzehntes Hauptstück.

Von Verträgen überhaupt.

§. 859.

Grund der persönlichen Sachenrechte.

Die persönlichen Sachenrechte, vermög welcher eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz; oder auf einen Vertrag; oder auf eine erlittene Beschädigung.

1) Wie sich das im ersten Theile dieses Gesetzbuches abgehandelte Personenrecht von dem Sachenrechte, welches den Gegenstand des zweyten Theiles ausmacht, unterscheide, ist bereits am gehörigen Orte bemerket worden (§. 14). Die Sachenrechte zerfallen in dingliche und in persönliche. Jene sind in der ersten Abtheilung dieses zweyten Theiles erklärt worden; diese sollen nun in der zweyten Abtheilung erörtert werden. Der Unterschied zwischen diesen beyden wurde bereits bey Erläuterung des §. 307 Nr 3 auseinander gesetzt.

2) Die dinglichen Sachenrechte haften auf der Sache selbst, und können somit unbestimmt gegen alle Personen, welche der

Ausübung des Rechtes unbefugter Weise störend entgegen wirken, und gegen jeden Besitzer der Sache, worin sie Jemanden zustehen, ausgeübet werden. Ich nehme hier kein Bedenken, diese schon bey Erläuterung des §. 14 ausgesprochene Behauptung zu wiederhohlen, ungeachtet der mir sehr achtungswerthe Recensent dagegen bemerkte [1]), daß diese Behauptung unrichtig sey, weil es nicht an Fällen mangle, in welchen dingliche Rechte nicht gegen alle Menschen Gültigkeit haben. Die §§. 367, 456 und 824, auf welche sich zur Begründung dieser Bemerkung berufen wird, widerlegen meine Behauptung nicht, indem die in selben enthaltenen Bestimmungen, wie ich bereits an einem andern Orte bemerkte, nur scheinbare Ausnahmen von dem Satze: daß dingliche Rechte gegen jeden Besitzer der Sache, worin sie Jemanden zustehen, in Ausführung gebracht werden können, enthalten. Die Eingangsworte des §. 367 scheinen zwar einer solchen Ausnahme das Wort zu sprechen, allein die Endworte widersprechen der Folgerung, die aus ersteren gezogen werden will; denn sie sprechen sich dahin aus, daß in den dort berührten Fällen das Eigenthum von den redlichen Besitzern erworben, sohin, was ganz natürlich daraus folgt, für den früheren Eigenthümer verloren werde. Wollte man daher diesen §. als einen Ausnahmsfall von obiger Regel ansehen, so müßte man ein Gleiches auch in denjenigen Fällen thun, von welchen die §§. 392, 411, 412, 415, 416, 418, 1466 u. s. w. sprechen, welche doch offenbar als Ausnahmen des obigen Satzes nicht betrachtet werden können. Der §. 456 kann um so weniger als ein Ausnahmsfall gelten, als dieser dem Eigenthümer das Zurückforderungsrecht vorbehält, und diesen nur verpflichtet, das dem redlichen Pfandinhaber gebührende Pfandrecht hierauf, wozu ihm der Titel unmittelbar aus dem Gesetze zustehet (§. 449), zu respectiren. — Auch der §. 824 begründet keine Ausnahme von obiger Regel, indem demjenigen, dem das bessere Erbrecht zustehet, gar keine dingliche Klage in Bezug auf die von einem Dritten redlicher Weise erworbenen Erbschaftsstücke zukömmt. Nicht die Erbschaftsklage, weil zufolge des §. 823 die einzelnen Erbschaftsstücke nicht mit

1) Wag. Ztschr. 1830. 3. Heft, N. B., S. 100.

der Erbschafts-, sondern Eigenthumsklage verfolgt werden; nicht die Eigenthumsklage, weil zur Erwerbung des Eigenthums der einzelnen Erbschaftsstücke die Uebergabe derselben nothwendig ist (§. 819), und weil derjenige, dem die Erbschaft früher eingeantwortet worden ist, eben durch die Einantwortung das Recht erlangt, frey mit den Erbschaftsstücken zu disponiren, welche Dispositionen der später sich gemeldete Erbe auch für sich als rechtsgültig anerkennen muß. Denn durch die spätere Ausweisung des besseren Erbrechtes zeigt es sich, daß der wahre Erbe seine Annahme früher nicht erklärte, es müssen daher die von dem vermeintlichen Erben in der Zwischenzeit getroffenen Verfügungen eben so angesehen werden, als wenn selbe der Erblasser selbst noch getroffen hätte (§. 547).

3) Ein persönliches Recht (Forderung) hingegen kann von dem Berechtigten (Gläubiger) nur gegen eine bestimmte Person, die ihm durch eine besondere Thatsache zur Leistung verbindlich geworden ist, geltend gemacht werden. — Die persönlichen Sachenrechte haben zwar, wie es schon der letztere Ausdruck andeutet, eben so wie die dinglichen Sachenrechte, nur (körperliche oder unkörperliche) Sachen zum Gegenstande; allein der nächste Gegenstand eines persönlichen Rechtes ist eine (positive) Leistung, ein Geben, ein Thun, oder eine (positive) Einschränkung der rechtlichen Freyheit, eine Unterlassung dessen, wozu man vermöge der allgemeinen, natürlichen Freyheit berechtiget wäre. Daher setzt auch das persönliche Recht die besondere Verpflichtung einer bestimmten Person voraus [1]).

4) Der allgemeine Begriff: „Sachenrecht," umfaßt demnach die persönlichen und dinglichen Sachenrechte zugleich, und man kann unter Sachenrecht im Allgemeinen, nur den Inbegriff jener Befugnisse verstehen, die einer Person in Rücksicht einer Sache überhaupt zustehen; sind nun die Befugnisse von der Art, daß sie der Person ohne Rücksicht auf bestimmte Personen gebühren, so kömmt derselben ein dingliches, — sind sie aber von der Art, daß sie der Person nur gegen bestimmte Personen

1) Siehe Zeillers Commentar §. 859. N. 1. Ich gestehe, daß ich einen deutlicheren Begriff von einem persönlichen Sachenrechte nicht zu geben weiß.

unmittelbar aus einem Gesetze, oder aus einer verbindlichen Handlung zustehen, ein persönliches Sachenrecht zu. — Wie nun aber, wenn unter diesen Befugnissen, deren Inbegriff das Sachenrecht bildet, Befugnisse von der einen und der anderen Art begriffen sind? — In diesem Falle kann nun das der Person zukommende Sachenrecht weder ein rein dingliches noch ein rein persönliches seyn, sondern man muß in diesem Falle offenbar sagen, das der bestimmten Person zukommende Sachenrecht sey gemischter Natur, da das Gesetzbuch §. 307 dingliche und persönliche Sachenrechte nach den obigen Erörterungen genau von einander unterscheidet. Daß das Gesetzbuch von solchen gemischten Sachenrechten keine ausdrückliche Erwähnung macht, kann die Nicht-Existenz solcher gemischten Sachenrechte um so weniger erweisen, als auch das Gesetzbuch bey der Eintheilung der Verträge (§. 864) von gemischten Verträgen nichts redet, und doch die wirkliche Existenz derselben (§. 935) offenbar voraussetzt.

5) Da die rein persönlichen Rechte (nach der Vorschrift des gegenwärtigen §.) lediglich durch eine unmittelbare Verfügung des Gesetzes, durch einen Vertrag (oder auch letzten Willen, wie weiter unten Nr. 10 vorkommen wird), oder eine erlittene Beschädigung, begründet werden, welche bey einem dinglichen Rechte eigentlich nur den Titel zu selben zu gelangen bilden (§§. 380, 424, 449 u. 480), so kann man nach der Art und Weise, wie das Sachenrecht erworben wird, diese gemischten Rechte in dinglich-persönliche, und in persönlich-dingliche eintheilen, je nachdem nähmlich die Erwerbung jener Rechte auf eine Art geschieht, wodurch ein dingliches Recht, oder auf eine solche Weise vor sich geht, wodurch ein persönliches Recht entstehen gemacht wird. Im ersten Falle ist das dingliche Recht das primäre und überwiegende, — im zweyten dagegen ist es das persönliche in diesem gemischten Rechtsverhältnisse.

6) Als ein solches dinglich-persönliches Sachenrecht kann in gewissen Fällen das Eigenthums- und das Erbrecht angesehen werden. Der §. 354 erklärt Eigenthum in subjectiver Beziehung als das Befugniß, mit der Substanz und Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Anderen davon aus-

zuschließen, und der §. 366 sagt, daß mit diesem letzteren Rechte des Eigenthümers auch das Recht verbunden sey, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. In so fern diese Klage nur darauf gerichtet ist, daß der Inhaber die Sache in dem Zustande, worin sie sich befindet, ohne den bereits abgesonderten Früchten und schon eingehobenen Nutzungen herausgebe, ist diese Klage eine rein d i n g l i c h e, weil zu ihrer Begründung nichts anders als der Beweis des Eigenthums gehört, und selbe auch gegen jeden Inhaber und resp. Besitzer (§. 375) angestrengt werden kann. Allein in manchen Fällen, wenn nähmlich der Inhaber der Sache unredlicher Besitzer ist, kann die Bitte der Eigenthumsklage auch dahin ausgedehnet werden, daß der Geklagte nebst der Sache nicht nur allein alle durch den Besitz der Sache erlangten Vortheile, sondern auch diejenigen zurückstelle, welche der Kläger erlangt haben würde (§. 335). In dieser Beziehung erscheint das Befugniß des Eigenthümers als kein rein dingliches mehr, denn es entspringt nicht mehr aus dem Eigenthume allein, sondern zugleich auch aus dem besonderen Verpflichtungsgrunde des unredlichen Besitzers. Sie kann in dieser Gestalt nicht gegen jeden Inhaber der Sache, sondern nur gegen bestimmte Inhaber, die durch eine besondere Thatsache dem Eigenthümer zu dieser Leistung verbindlich geworden sind, erhoben werden; und sie erscheint daher in dieser Ausdehnung nach dem eben angegebenen Bedingnisse als ein persönliches Sachenrecht. Eben so steht dem Miteigenthümer einer Sache das Recht zu, auf Theilung und Rechnungslegung zu dringen (§. 830). Da diese Rechte des Eigenthümers nur gegen die Miteigenthümer, und diejenigen, in deren Obsorge sich die gemeinschaftliche Sache befindet, und auf eine Leistung derselben gerichtet sind, so sind selbe gleichfalls persönlicher Natur. — Da die Erbschaftsklage gegen denjenigen gerichtet, der sich unredlicher Weise des Erbrechtes angemaßt hat, gleichfalls einen größeren Umfang hat, als wenn der Umstand der Unredlichkeit auf Seite des Geklagten nicht vorhanden ist (§. 821), und dieser größere Umfang lediglich in der persönlichen Eigenschaft des Geklagten seinen Grund hat,

so gehört das Befugniß des Erben in dieser Beziehung in die Classe der persönlichen Sachenrechte.

7) Ein persönlich-dingliches Sachenrecht kann auf mehrfache Weise gegründet werden. — Vor Allem ist hier zu bemerken, daß es Verträge gebe, welche nebst der gegenseitigen Einstimmung auch noch die Uebergabe des Vertragsgegenstandes zu ihrer Perfection erfordern. — Diese Verträge sind der Verwahrungs-, der Leih- und der Darleihensvertrag. Es ist daher in die Augen fallend, daß durch die Uebergabe des Vertragsgegenstandes, und da selbe hier zur Wesenheit des Vertrages gehört, durch den Vertrag selbst, nicht bloß persönliche Rechte zwischen den Contrahenten in Bezug auf die Sache, sondern selbst dingliche Rechte gegen unbestimmte Personen gegründet werden. — Der Verwahrer oder Entlehner ist freylich nur Inhaber des Vertrags-Gegenstandes, allein auch dem Inhaber kann ein beschränktes Recht auf die Sache (jus in rem) nicht ganz abgesprochen werden (§. 309 Nr. 4). Bey dem Darleihensvertrage erwirbt der Empfänger das wirkliche Eigenthum des Vertrags-Objectes (§. 983). Ich glaubte hier die Natur dieses Sachenverhältnisses bemerken zu müssen, obschon ich meine, daß die Ausbeute, welche aus dieser Bemerkung gewonnen wird, von keinem Belange sey.

8) Aber auch durch einen bloßen Consensual-Vertrag kann ein solches persönlich-dingliches Sachenrecht gegründet werden. — In Bezug auf körperliche Sachen entsteht ein solches gemischtes Recht, wenn in dem Vertrage, worin die Sache dem Andern zu überlassen zugesagt wird, zugleich die Vindications-Klage cediret wird; denn die Vindications-Klage entspringt lediglich aus dem Eigenthum, folglich aus einem dinglichen Rechte (§. 366). Dessenungeachtet wird durch die Cession der Vindications-Klage noch nicht das wirkliche Eigenthumsrecht der Sache auf den Promissär übertragen, indem dieses außer den im Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben wird. (§. 425). Der Promissär erhält daher durch diesen Vertrag kein reines dingliches Recht auf die Sache, sondern es bleiben

ihm auch noch persönliche Rechte gegen den Promittenten übrig; da dieser dem ersteren noch immer zur Uebergabe der Sache in sein vollständiges Eigenthum persönlich verpflichtet bleibt. Es ist ein großer Unterschied zwischen der Wirksamkeit der Vindications-Klage, wenn das Recht hierzu durch bloße Abtretung derselben, als wenn es durch die wirkliche Uebereignung des Eigenthums der Sache erworben wird. Denn im ersten Falle entspringt die Eigenthums-Klage aus dem Eigenthume des Cedenten; sie kann also auch, da die Rechte des Uebernehmers mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf das überlassene Recht gleich sind (§. 1394), in der Macht des Cessionärs keine größere Ausdehnung haben, als in der des Cedenten, und kann daher auch von Seite des ersteren nur gegen alle jene angestrengt werden, gegen welche sie der Cedent anzustrengen berechtigt gewesen wäre; sie kann daher weder gegen ihn selbst, noch gegen diejenigen angebracht werden, die ihr Recht von ihm ableiten. Anders verhält sich die Sache, wenn das wirkliche Eigenthum der Sache an den Promissär übergeht. Denn in diesem Falle entspringt die Klage aus dem eigenen Eigenthumsrechte desselben, und geht daher gegen jeden Inhaber der Sache (§. 366).

9) Ist die Sache, um die es sich handelt, eine unkörperliche, eine bloße Forderung, ein Recht, — so befindet sich jeder, dem ein solches Recht zusteht, in Bezug auf dieselbe in einem gemischten Rechtsverhältnisse. Denn das Entstehen jeder Forderung gründet für den Berechtigten ein Eigenthumsrecht; indem alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, sein Eigenthum heißt (§. 353). In Bezug auf den Verpflichteten ist aber die Forderung kein Eigenthum, sondern lediglich ein persönliches Recht; es ist also auch die dem Berechtigten gegen denselben zustehende Klage keine Eigenthumsklage. Die Eigenthumsklage ist gegen den Inhaber einer Sache auf Herausgabe derselben, die von dem Berechtigten gegen den Verpflichteten eingereichte Klage aber auf Leistung einer Verbindlichkeit gerichtet, und kein Berechtigter wird sich beklagen, daß der Verpflichtete, wenn er seiner Schuldigkeit nicht nachkömmt, ihn in seinem Eigenthumsrechte verletze. — Das

Gesagte läßt sich dadurch anschaulich machen, wenn wir uns ein Forderungsrecht vorstellen, worüber der Schuldner Schuldscheine auf den Ueberbringer lautend ausgestellt hat. — Der Inhaber eines solchen Schuldscheines hat nun offenbar in Bezug auf die Forderung ein zweyfaches Recht: a) ein persönliches gegen den Schuldner, ihn zur Leistung seiner Verbindlichkeit zu verhalten; b) ein dingliches, mit der Forderung nach Willkühr zu schalten, und jeden anderen, der sich des Schuldscheins, und dadurch des Forderungsrechtes bemächtigen will, davon auszuschließen [1]).

10) Der §. sagt, daß sich die persönlichen Sachenrechte entweder unmittelbar auf ein Gesetz, auf einen Vertrag, oder auf eine erlittene Beschädigung gründen. — Allein es muß zur Vervollständigung dieser gesetzlichen Bemerkung hinzugefügt werden, daß sie sich auch auf eine letztwillige Anordnung gründen können. Denn das Recht, welches dem Legatar aus der letzten Willenserklärung zukömmt, ist offenbar nur ein persönliches, indem der §. 684 ausdrücklich sagt, daß der Legatar in der Regel gleich nach dem Tode des Erblassers für sich und seine Nachfolger ein Recht auf das Vermächtniß (jus ad rem) erlange, daß aber das Eigenthumsrecht auf die vermachte Sache (jus in rem) nur nach den für die Erwerbung des Eigenthums in dem fünften Hauptstücke aufgestellten Vorschriften erlanget werde. Wenn man auch wirklich behaupten wollte, daß der Legatar, wie nach gemeinem Rechte, ipso jure, ohne Uebergabe, das Eigenthum einzelner bestimmter (specieller) Legate erwerbe, welcher Behauptung jedoch der citirte §. 684 offenbar entgegen steht, so muß man doch ohne Zweifel zugeben, daß der Legatar, dem nur eine Gattungssache, oder eine dem Erben, oder einem anderen Legatar eigenthümliche Sache vermacht ist, lediglich ein jus ad rem erlange. Der Grund, warum diese Quelle der persönlichen Sachenrechte hier übergangen worden ist, scheint darin zu liegen, daß die Lehre von den Legaten mit dem Erbrechte, mit dem sie im Zusammenhange stehet, und das zu den dinglichen Rechten

1) Man sehe über dinglich-persönliche Sachenrechte in der Wagn. Ztschft. 1831. XI. Heft, S. 245 — 280, wo man sich auch von den practischen Folgen, die aus diesen Bemerkungen fließen, unterrichten kann.

gehöret, auseinander gesetzt wurde, und der Gesetzgeber hier vorzüglich nur jene Sachenrechte vor Augen hatte, von welchen die zweyte Abtheilung des zweyten Theiles handelt [1]).

§. 860.

Die Fälle, in welchen Jemanden unmittelbar aus dem Gesetze ein persönliches Sachenrecht ertheilet wird, sind an den gehörigen Orten angegeben. Von dem Rechte des Schadenersatzes handelt das dreyßigste Hauptstück.

1) Die unmittelbar aus dem Gesetze entspringenden Forderungen werden nach Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, worin sie Jemanden zustehen, an den zukömmlichen Orten behandelt. Davon haben einige schon bey dem auf das Sachenrecht angewendeten Familien-Verhältnisse Statt, wie das Recht des Ehegatten (§§. 91 und 796), oder das Recht der Kinder gegen ihre Aeltern (§§. 141 und 166), oder das der ehelichen Aeltern gegen ihre Kinder auf den anständigen Unterhalt (§. 154), die Rechte zwischen Vormündern und Curatoren und ihren Pflegebefohlenen aus der Verwaltung der Vormundschaft oder Curatel (§§. 228 — 282); die Rechte der Aeltern oder der Kinder auf den Pflichttheil (§. 762), auf ein Heirathsgut oder Ausstattung (§§. 1220 und 1231); ferner in dem Sachenrechte die Rechte des Eigenthümes gegen den unredlichen Besitzer auf die Zurückstellung der erlangten Vortheile, und Leistung der Entschädigung (§. 335), die Ansprüche des redlichen Finders einer Sache auf einen Finderlohn (§. 391), die Rechte des Staatsschatzes, des Grundeigenthümers und Finders auf einen Antheil an einem entdeckten Schatze (§. 399), die des Retters einer fremden beweglichen Sache auf eine verhältnißmäßige Belohnung (§. 403), die Rechte der Theilnehmer an einer gemeinschaftli-

1) Hr. Hofrath v. Zeiller reihet bey Erläuterung des folgenden §. die Forderungen der Legatare gegen die erklärten Erben unter diejenigen, deren Grund unmittelbar in dem Gesetze liegt. Allein offenbar mit Unrecht, da der nächste Grund des dem Legatar zustehenden Forderungsrechtes in dem Willen des Erblassers beruht. Man konnte eben so gut die Forderung, die aus einer Beschädigung entspringt, in die Classe derjenigen reihen, welche sich unmittelbar auf das Gesetz gründen.

chen Sache wider den freywilligen Verwalter derselben (§. 835), die Rechte zwischen dem Eigenthümer und einem Geschäftsführer ohne Auftrag §. 1035 (u. f. f.), oder die Zurückforderung aus der Zahlung einer Nichtschuld (§. 1431) u. a. m.

2) Das Gesetzbuch beginnt hier mit der zweyten Quelle der persönlichen Sachenrechte, den Verträgen, setzt im gegenwärtigen Hauptstücke die gemeinschaftlichen Bestimmungen fest, und geht dann auf die einzelnen Gattungen derselben über. Bey allen Verträgen kommen theils wesentliche, theils natürliche, theils zufallige Bestimmungen vor. Wesentliche heißen diejenigen, die den Begriff eines Vertrages überhaupt, oder des bestimmten Vertrages insbesondere, der dadurch eingegangen werden soll, ausmachen, folglich davon nicht getrennt werden können, ohne daß der Act dadurch aufhöre ein Vertrag überhaupt, oder wenigstens derjenige, den man abzuschließen beabsichtet, zu seyn; natürliche, die das Gesetz zufolge des Begriffes aus der gewöhnlichen Absicht vermuthet, und als Regeln aufstellt, welche aber, in so fern sie nicht ein ausdrückliches Geboth oder Verboth enthalten, durch Verabredung der Parteyen abgeändert werden können; endlich zufällige oder Nebenbestimmungen, die bloß durch willkührliches Einverständniß festgesetzt werden [1]).

§. 861.

Wer sich erkläret, daß er Jemanden sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande. So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 3.

1) Dasjenige, was §. 380 von Erwerbung des Eigenthums gesagt worden ist, nähmlich: daß ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kein Eigenthum erlangt werden könne, gilt in gewisser Beziehung auch in Bezug auf die Erlangung persönlicher Sachenrechte. — Denn auch bey dem Erwerb dieser Rechte ist vor Allem erforderlich, daß dem Erwerbenden die Möglichkeit hierzu eröffnet werde. Zur wirklichen Existenz des Rechtes genügt aber die Möglichkeit nicht, sondern es muß noch eine Handlung, oder eine Begebenheit hinzutreten, um das bloß Mögliche in ein Wirkliches umzuwandeln. — Die Naturrechtslehrer unterscheiden daher auch bey den persönlichen Sachenrechten den Titel von der rechtlichen Erwerbungsart. Bey denjenigen Rechten, welche unmittelbar aus den Gesetzen entspringen, oder die sich auf eine Beschädigung gründen, liegt eigentlich der Titel in dem Gesetze selbst, welches die Erwerbung solcher Rechte unter den bestimmten Umständen möglich macht. Tritt dann nun dieser Umstand, oder diese Handlung, worauf die Erwerbung des Rechtes bedingt ist, wirklich ein, so wird dieses Recht dann auch erworben; sohin ist dieser Umstand oder diese Handlung die Erwerbungsart. — Bey Verträgen liegt der Titel in dem Versprechen, indem durch dieses der versprechende Theil (Promittent) zu Gunsten dessen, dem versprochen wird (Promissär), seinem Rechte auf das Vertrags-Object entsagt, und es dadurch dem letzteren möglich macht, das an sich Erwerbliche durch Aufhebung des zufälligen Hindernisses, daß es eben nicht rechtlos ist, wirklich zu erwerben. — Die Erwerbungsart dagegen liegt in der Annahme des Promissärs. — Denn in dieser liegt eine zureichende Erklärung, daß man das Erwerbliche als wirklich erworben ansehen wolle [1]).

2) Der Gegenstand eines Versprechens besteht entweder in einer Leistung, d. i. daß man dem Anderen etwas geben, oder wie das Beyspiel von bejahenden Dienstbarkeiten lehrt, etwas gestatten, oder daß man, wie bey verneinenden Dienstbarkeiten, (§. 472 Nr. 3) zu seinen Gunsten etwas unterlassen, sein Recht

1) Siehe das natürliche Privatrecht vom Herrn Regierungsrathe Dr. Franz Ritter v. Egger. §. 34.

erlassen (§. 1444), oder endlich auch, wie in dem Verwahrungs- und Bevollmächtigungsvertrage (§§. 957 und 1002) Handlungen unternehmen wolle [1]).

3) Wenn nun ein solches Versprechen gemacht, und dasselbe von der anderen Seite angenommen wird, so kömmt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande. — — In diesem Augenblicke erwächst dem Promissär ein Recht zu dem Gegenstande, dessen sich der Promittent begeben hat, und für den Promittenten wird die Verbindlichkeit gegründet, sein Versprechen zu erfüllen. Von dem Vertrage ist demnach eine Pollicitation wesentlich verschieden, indem unter der letzteren immer nur ein einseitiges Versprechen zu verstehen ist, wodurch ein obligatorisches Verhältniß erzeugt werden soll, während ein Vertrag, seiner rechtlichen Natur nach, immer auf wechselseitiger Uebereinkunft beruhet. In wie fern jedoch selbst eine solche Pollicitation verbindlich sey, kommt in den §§. 862 und 865 vor. Von solchen Pollicitationen sind aber sowohl die Punctationen (§. 885) als die vorbereitenden Verträge (§. 936) zu unterscheiden.

4) Der natürliche Gang eines Vertrages, wie er zu Stande kommt, ist, daß früher das Versprechen gemacht, und darauf die Annahme erklärt werde. — Allein nothwendig ist dieses nicht. Es kann auch umgekehrt früher die Annahme erklärt werden, und auf diese Erklärung erst das Versprechen folgen. — Jedoch ist in diesem Falle, bey der Beurtheilung, ob durch die Unterredung wirklich ein Vertrag zu Stande gekommen sey, behuthsam zu Werke zu gehen. Eine bloße Anfrage, ob Jemand geneigt sey, ein Versprechen zu machen, kann noch als keine Annahme angesehen werden. — Die Annahme und das Versprechen müssen auch ganz gleich seyn; keiner aus diesen zweyen Acten darf mehr oder weniger umfassen, als der andere.

5) Das Princip des ganzen Vertragsrechtes ist, daß die Verträge, in so fern sie der bürgerlichen Ordnung überhaupt, und den besonderen Verhältnissen des Staates nicht widerstreiten, nach dem wahren und vernünftiger Weise zu vermuthen-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr 1.

den, ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der vertragmachenden Theile aufrecht erhalten, und in Erfüllung gebracht werden müssen. Aus jedem (gültigen) Vertrage erwächst demnach dem Promissär ein Zwangsrecht, ein Recht zu einer Klage, deren Benennung meistens von dem Nahmen des Vertrages hergenommen wird. Wie auf was Weise das Zwangsrecht ausgeübt werde, gehört in die Gerichtsordnung.

6) Indessen gehet die Absicht des Gesetzgebers nicht undeutlich dahin, daß der Promissär ein rechtliches Interesse an der Erfüllung des Versprechens haben müsse. — Denn der gegenwärtige §. redet ja von Uebertragung eines Rechtes; durch die Uebertragung eines Rechtes muß sich aber nothwendig die Rechtssphäre desjenigen, an den das Recht übertragen wird, vergrößern. Ein Versprechen also, aus dessen Erfüllung die Vergrößerung der Rechtssphäre des anderen Theiles nicht resultirt, ist, wenn es auch von der anderen Seite angenommen wird, immer unverbindlich. — Dieses deutet der Gesetzgeber auch durch die weiteren Ausdrücke, „daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle," deutlich an. — Die Wahrheit dieser Behauptung wird ferners durch den §. 881 bestätigt, welcher ausdrücklich bestimmt, daß außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen Niemand für einen Andern ein Versprechen machen, oder annehmen könne. Hier ist deutlich ausgesprochen, daß ein angenommenes Versprechen unverbindlich sey, wenn der Annehmer kein eigenes rechtliches Interesse an der Erfüllung des Versprechens hat. Eine Rechtswahrheit, auf welche ich schon bey Erläuterung des §. 472 Nr. 6 hingedeutet, und die ich bey der Lehre von Servituten in Anwendung gebracht habe.

§. 862.

Wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden ist; so muß ein mündliches Versprechen ohne Verzug angenommen werden. Bey dem schriftlichen kommt es darauf an, ob beyde Theile sich an demselben Orte befin-

den oder nicht. Im ersten Falle muß die Annahme in vierundzwanzig Stunden; im zweyten aber innerhalb jenes Zeitraumes, welcher zur zweymahligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden; widrigen Falls ist das Versprechen erloschen. Vor Ablauf des festgesetzten Zeitraums kann das Versprechen nicht zurückgenommen werden.

1) Zu einem Vertrage wird Versprechen und Annahme erfordert (§. 861). Es kömmt daher vor Allem auf die Bestimmung an, in welchen Zeiträumen diese beyden Acte auf einander folgen müssen. Vor Allem wird bemerkt, daß hier die gewöhnliche und natürliche Reihenfolge, gemäß welcher das Versprechen der Annahme vorausgeht, vorausgesetzt werde. Hat nun der versprechende Theil selbst einen Zeitraum bestimmt, binnen welchem sich derjenige, dem dadurch ein Recht übertragen werden soll, über die Annahme zu erklären hat, so ist sich darnach zu achten, und es ist der Versprecher nicht berechtigt, vor Auslauf dieses Zeitraums von seinem Versprechen zurückzutreten; ist aber dieser Zeitraum verflossen, ohne daß der andere Theil sich erklärt hat, so ist auch das Versprechen ipso facto erloschen, und es bedarf hierzu keiner ausdrücklichen Zurücknahme desselben. — Es ist zwar diese Behauptung nicht ausdrücklich durch das Gesetz ausgesprochen; allein da dieser Folge mit dem Verlaufe des gesetzlichen Zeitraumes, binnen welchem die Annahme in den Fällen erklärt werden muß, wo kein Zeitraum von den Parteyen ausdrücklich festgesetzt wurde, vom Gesetze selbst in Verbindung gesetzt worden ist, so tritt selbe ohne Zweifel auch in jenen Fällen ein, wo der Zeitraum der Annahme von der Partey selbst bestimmt wurde.

2) Ist aber kein Zeitraum ausdrücklich festgesetzt worden, so muß man wieder unterscheiden, ob ein Versprechen mündlich oder schriftlich gemacht worden ist. Ein mündliches Versprechen, sagt das Gesetz, muß ohne Verzug angenommen werden, und

es entsteht daher hier die Frage, wann man sagen könne, daß ein Verzug eingetreten sey? — Diese Frage läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten, sondern es muß in jedem einzelnen Falle die Beantwortung derselben aus der Lage der Umstände hergehohlet werden. So lange der annehmende Theil sich damit befaßt, über den wahren Sinn des Versprechens von Seite des anderen Theiles sich Aufklärung geben zu lassen, oder so lange er in dem Vorschlage von Modificationen begriffen ist, so lange scheint demselben kein Verzug zur Last zu fallen, und der versprechende Theil nicht berechtiget zu seyn, während diesen Unterhandlungen plötzlich von seinem Versprechen zurückzutreten. — Sind die Unterhandlungen abgebrochen worden, so tritt die nähmliche Rechtsfolge ein, welche das Gesetz mit Ablauf des zur Erklärung festgesetzten Termins bey einem schriftlichen Versprechen in Verbindung gesetzt hat, nähmlich: der Promittent ist an sein Versprechen nicht mehr gebunden.

3) Ist das Versprechen schriftlich gemacht worden, so kömmt es darauf an, ob beyde Theile sich an demselben Orte befinden oder nicht. Im ersten Falle muß die Annahme in vierundzwanzig Stunden erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden, widrigenfalls ist das Versprechen erloschen. Unter Ort wird hier eine Stadt, ein Markt oder Dorf in dem Umfange verstanden, als die Benennung desselben sich erstreckt. Uebrigens kann hier in Ansehung der Frage, ob der Promittent und der Promissär sich an einem und demselben Orte befinden oder nicht, nicht leicht ein Zweifel entstehen; denn ist der Wohnsitz des einen von dem andern in so weiter Entfernung, daß die Correspondenz von einem Standpuncte zum andern mittelst der Post oder bereits bestehender ordentlicher Bothen geschieht, so wird wohl schwerlich behauptet werden können, daß dieselben sich an einem und dem nähmlichen Orte befinden, ist aber dieses nicht der Fall, und ist die Entfernung von der Art, daß die Correspondenz weder mittelst der Post, noch anderer gewöhnlicher Bothen unterhalten wird, sondern man sich hierzu eigener Bothen bedienen muß, so scheint der Schluß des gegenwärtigen Mittelsatzes ohnehin nicht an sei-

nem Platze zu seyn, weil in selbem eine ordentliche Uebersendungsanstalt vorausgesetzt wird. — Was aber in jenen Fällen, wo die Correspondenz nicht mittelst solcher Anstalten geführt werden kann, Rechtens sey, wird unten Nr. 8 näher erörtert werden.

4) Wenn das mündliche Versprechen nicht unmittelbar von dem Promittenten selbst, sondern durch einen Bothen oder Bevollmächtigten gemacht wird, so wird behauptet, daß hier die bestimmte Zeitfrist eines mündlichen Versprechens keine Anwendung finde, sondern die eines schriftlichen Versprechens anzuwenden sey, weil dieser Bothe oder Bevollmächtigte die Stelle eines Schreibens vertrete [1]). Wird von dem Promittenten ein Bothe ohne nähere Instruction abgeschickt, so muß ich dieser Ansicht ganz beystimmen; wird aber dem Bothen zugleich der Auftrag gegeben, er habe auf eine Antwort zu warten, so scheint es mir aber keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Annahme sogleich erklärt werden müsse, und das Versprechen als erloschen anzusehen wäre, wenn der Bothe, ohne eine Antwort abgewartet zu haben, zurückkehrte. — Dieses folgt aus dem oben Nr. 1 aufgestellten Satze, daß es in dem Belieben des Promittenten liege, sogleich auf die Erklärung der Annahme zu dringen, oder einen bestimmten Zeitraum hierzu festzusetzen. Geschieht aber das Versprechen durch einen ordentlich Bevollmächtigten, so wird der Promittent von demselben förmlich repräsentiret, und ist eben so viel, als ob der Vertrag zwischen ihm selbst, und den Promissär abgeschlossen würde. — Wäre die Ansicht richtig, daß der Bevollmächtigte die Stelle eines Schreibens vertrete, so würde daraus folgen, daß der Vertrag nur dann als abgeschlossen zu betrachten sey, wenn der Promittent durch seinen Bevollmächtigten von der Annahme des Promissärs benachrichtiget wird. Allein dieses ist offenbar der Fall nicht; denn gleich, wie von Seite des anderen Theiles die Annahme des Versprechens erklärt ist, ist auch der Vertrag zu Stande gekommen, und der Promittent kann für keinen Fall mehr zurücktreten, wenn auch der Bevollmächtigte vernachlässiget hätte, seinem

1) Siehe Zeillers Commentar §. 862 Nr. 3.

Machtgeber binnen des gesetzlichen Zeitraums von der erfolgten Annahme in Kenntniß zu setzen (§. 1017).

5) Befinden sich der Promittent und der Promissär nicht an einem und dem nähmlichen Orte, so muß von Seite des letzteren die Annahme innerhalb jenes Zeitraums, welcher zur zweymahligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen, und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden. — Es frägt sich hier, wem eine durch die Versendungsanstalt selbst unterlaufene Verspätung hier zum Nachtheile gereiche? — Es ist kein Zweifel, daß in dem Falle, als das schriftliche Versprechen zur rechten Zeit an den Promissär einlangt, dieser auch noch zur gehörigen Zeit seine Annahme schriftlich erkläret, diese Erklärung aber, z. B. aus Versehen, auf der Post liegen bleibt, und dem Promittenten erst nach der gesetzlichen Zeitfrist zugestellt wird, er an sein Versprechen nicht mehr gebunden sey, daher in diesem Falle die Verspätung dem Promissär zum Nachtheile gehe. Zweifelhafter ist es, was in dem Falle Rechtens sey, wenn bey Uebersendung des schriftlichen Versprechens eine solche Zögerung eintritt? — Da die Verpflichtung des Promittenten, seine Annahme in einer bestimmten Zeitfrist zu erklären, doch erst nach der ihm geschehenen Zustellung des schriftlichen Versprechens beginnen kann, so könnte man glauben, daß die Verspätung hier dem Promittenten zur Last gehe. Allein ich glaube dessen ungeachtet, daß der Termin zur Erklärung der Annahme des Versprechens nach jenem Zeitpuncte berechnet werden müsse, an welchem das Schreiben versendet wurde. — Denn offenbar wollte der höchste Gesetzgeber in dem gegenwärtigen §. den Zeitraum, welcher von dem gemachten Versprechen bis zur Erklärung der Annahme zugewartet werden muß, bestimmen; die Erklärung des Versprechens ist aber nur in dem Falle als gegeben anzusehen, wenn es nicht mehr in der Macht des Promittenten steht, die Schrift zu sich zu nehmen, d. i. wenn sie abgelaufen ist. Darum hat das Gesetz in Ansehung der Annahme ausdrücklich angeordnet, daß dieselbe innerhalb des bestimmten Zeitraumes erfolgen und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden müsse; wäre daher der Wille des höchsten Gesetzgebers gewesen, daß der bestimmte Termin von Zustellung des

Versprechens an berechnet werden müsse, so würde er ohne Zweifel auch hier einen ähnlichen Beysatz gemacht haben. Bey Bestimmung des Termins, der zur zweymahligen Beantwortung nöthig ist, wurde bereits auf solche zufällige Hindernisse Rücksicht genommen, und es lag gewiß nicht in der Absicht des Gesetzgebers, dem Promittenten die Verbindlichkeit aufzulegen, sich der Zustellung an den Promissär zu versichern, und seine Hände so lange gebunden zu halten, bis er die Ueberzeugung erhält, daß die Erklärung des Versprechens dem Promissär wirklich zugekommen ist.

6) Aus dieser hier aufgestellten und begründeten Behauptung ergibt sich aber auch die weitere Folge, daß es hier eigentlich nicht auf den Ort ankomme, wo sich der Promissär wirklich befindet, sondern auf denjenigen, wohin das Schreiben gerichtet ist. Denn es wurde bereits oben Nr. 1. erwähnt, daß dem Versprecher freystehe, selbst einen gewissen Zeitraum zu bestimmen, innerhalb welchem die Erklärung der Annahme geschehen soll. Hat er nun selbst keinen solchen Zeitraum bestimmt, so suppliret das Gesetz diese Zeitbestimmung durch die bereits erörterten Vorschriften, und es ist anzunehmen, daß der Promittent diese gesetzlichen Bestimmungen bey Erklärung seines Versprechens vor Augen hatte, und stillschweigend dieselben genehmigte, da es ihm sonst freygestanden wäre, eine andere Zeitbestimmung festzusetzen. Erklärt nun der Promittent dem Promissär, der sich nach Meinung des ersteren in dem Orte A befindet, seinen Willen, so scheint es eben so viel zu seyn, als ob er dabey ausgedrückt hätte, daß er auf die Erklärung der Annahme so lange warten wolle, bis eine Zeitfrist, welche von dem Orte A aus zur zweymahligen Beantwortung nöthig ist, vorüber seyn wird; nach diesem Zeitpuncte aber soll sein Versprechen erloschen seyn. Befindet sich daher der Promissär an dem Orte A nicht, und erfolgt daher aus diesem Grunde die Antwort erst nach Verlauf obiger Zeitfrist, so hat der Promittent allerdings das Recht, sein Versprechen als erloschen anzusehen. — Setzen wir z. B. den Fall: der sich in Grätz befindliche Cajus, der wegen Bezahlung einer Schuld betrieben wird, sey entschlossen, zur Befriedigung seines Gläubigers sein Haus zu verkaufen. Da sein Freund Titus sich einmahl geäußert hatte, daß er Willens wäre, dieses Haus

zu kaufen, so biethet er ihm in einem Briefe dasselbe zum Kaufe an, und sendet diesen Brief nach Wien, wo bisher Titus domizilirte. — In der Zwischenzeit hat aber Titus seinen Wohnsitz in Lemberg aufgeschlagen, wohin von dem Postamte Wien, dem diese Uebersiedelung bekannt ist, der Brief nachgesendet wird. Es kann nun von Cajus nicht gefordert werden, auf die Erklärung des Titus so lange zu warten, als nothwendig ist, daß von Lemberg aus dieser Brief zweymahl in Grätz als beantwortet erscheinen könnte.

7) Es kann auch der Fall eintreten, daß der Promittent, die Zeit zur Erklärung über seinen Antrag dem Gutbefinden des Promissärs überläßt. Es schreibt z. B. Cajus dem Sempronius: „In bin entschlossen, mein Haus zu veräußern, und trage Ihnen dasselbe gegen einen Kaufschilling von 20,000 fl. zum Kaufe an. Ueberlegen Sie die Sache genau, und wenn Sie dieselbe reiflich erwogen haben werden, so antworten Sie mir." In diesem Falle wäre sich nach der Analogie des §. 904 zu benehmen, und es könnte daher der Promittent fordern, daß sich der andere Theil keinen unnöthigen Aufschub erlaube. — Ist jedoch die Bedenkzeit ausdrücklich zu einem gewissen Zwecke verstattet worden, so muß auch angenommen werden, der Promittent habe in eine solche Frist gewilligt, daß innerhalb derselben der Zweck erreicht werden kann. — Wie aber, wenn der Zeitpunct der Erklärung ganz der Willkühr des Promissars anheim gestellt würde? — Wenn man sich in diesem Falle an die Analogie des §. 904 halten wollte, so müßte der Promittent entweder den Tod des Promissärs abwarten, und dann dem Erben einen bestimmten Termin zur Annahme festsetzen, oder in so fern die Leistung, welche mit der Annahme des Versprechens verbunden seyn soll, auf die Person des Promissärs beschränkt ist, von dem Richter eine Zeit zur Erklärung festsetzen lassen. Allein das Erstere kann für keinen Fall angehen, weil ein noch nicht angenommenes Versprechen auf die Erben nicht übergeht (§. 918); es scheint aber auch das Letztere nicht Platz zu greifen, weil die Aehnlichkeit zwischen dem im §. 904 berührten Falle mit dem hier erwähnten mehr scheinbar als wirklich ist. — Denn dort ist von Erfüllung eines bereits bestehenden Vertrages, hier von Zustandebringung eines bereis eingeleiteten die Rede,

und es dürfte daher der gegebene Fall eben deßwegen näher mit dem des §. 936, als mit dem des §. 904 verwandt seyn. Ich glaube daher, daß in dem hier aufgeworfenen Falle das gegebene Versprechen für jeden Fall nach einem Jahre erlösche, und daß es selbst vor Ablauf dieses Zeitraumes unwirksam werde, wenn die Umstände inzwischen dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt wird, oder das Zutrauen des Promittenten verloren geht; denn sollte wohl ein nicht angenommenes Versprechen den Promittenten fester binden, als eines, was bereits durch die Annahme zum Vertrage erhoben ward?

7) In den letzten hier berührten Fällen wird das Versprechen sogar dann erlöschen, wenn ein Zeitraum zur Annahme desselben ausdrücklich bestimmt wird, oder der an dessen Stelle eintretende gesetzliche Zeitraum zu beachten ist. Denn setzen wir den Fall: Titus habe dem Sempronius die Leistung eines Darleihens und Uebergabe des Betrages binnen acht Tagen versprochen, und letzterer habe dieses Versprechen auch angenommen. Wenn nun während dieser acht Tage über das Vermögen des Promissärs der Concurs ausbricht, so ist der Promittent nach §. 936 nicht mehr schudig sein Versprechen zu halten, obschon der Promissär durch die erklärte Annahme bereits ein Recht auf dasselbe erworben hatte. Gestalten wir nun den Fall auf folgende Art: — Titus eröffne in einem Briefe dem Sempronius, daß ihm so eben Geld zur Disposition eingelaufen sey, und er ihm daher antrage, ein Darleihen von 1000 fl. in Empfang zu nehmen. Gleich nach Empfang des Briefes reiset nun Sempronius, über den so eben der Concurs ausgebrochen ist, an den Wohnort des Titus, um diese 1000 fl. in Empfang zu nehmen; wird nicht Titus hier berechtiget seyn, sein Versprechen zurückzunehmen? kann der Umstand, daß dieses Versprechen noch nicht angenommen worden sey, für denselben eine größere Verbindlichkeit erzeugen, als wann dasselbe bereits angenommen worden wäre?

8) Ich komme nun auf den bereits Nr. 3 berührten Fall, was nähmlich Rechtens sey, wenn zwischen zwey Ortschaften kein Postenlauf besteht, und auch keine Bothenanstalt errichtet ist, und daher die Correspondenz mittelst abgesendeter Bothen geschehen

muß. — Hier muß man unterscheiden: — Wird von Seite des Promittenten dem mit dem schriftlichen Versprechen abgeordneten Bothen mitgegeben, daß er zugleich die Antwort zurückbringen soll, so kann der Antragende verlangen, daß die Antwort ohne allen unnöthigen Aufschub sogleich abgegeben werde; jedoch kann er vor Zurückkunft des Bothen, und ohne sich die Ueberzeugung verschafft zu haben, ob sein Antrag angenommen worden sey oder nicht, von seinem Antrage nicht füglich zurücktreten, weil die spätere Zurückkunft des Bothens auch in einem Zufalle, oder in dessen eigenem Verschulden gegründet seyn kann. — Ist aber die schriftliche Annahme des gemachten Versprechens im vorliegenden Falle von Seite des Promissärs dem Bothen eingehändiget worden, so ist es eben so viel, als ob selbe dem Promittenten selbst übergeben worden wäre, weil dieser selbst bestimmt hat, daß ihm durch den abgesendeten Bothen die Antwort zugesendet werde (§. 429). Ist aber der Bothe mit dem Schreiben ohne Auftrag, daß er auf die Antwort zu warten habe, an den Promissär abgesendet worden, so muß man weiter unterscheiden, ob ein Bothe den Weg von einem Orte zum andern binnen 24 Stunden zwey Mahl hin und zurück machen kann oder nicht. Im ersteren Falle muß die Annahme binnen 24 Stunden, im letzteren aber binnen einem Zeitraume erfolgen, welcher nöthig ist, um den Weg von einem Orte zum andern zwey Mahl hin und zurück zu machen; denn da, wie vorausgesetzt wird, der Annehmer einen eigenen Bothen zur Erklärung seiner Annahme absenden muß, so kömmt es hier nur darauf an, wann man eigentlich sagen könne, daß ein Zeitraum, welcher zur zweymahligen Beantwortung nöthig ist, verflossen sey? — Da die Absendung eines eigenen Bothens zu jeder Zeit geschehen kann, so kann die Erklärung der Annahme in einer Zeitfrist erfolgen, welcher ein Bothe bedarf, um den Weg ein Mahl hin und zurück zu machen, und sohin wird auch diese Zeitfrist, doppelt genommen, den Zeitraum geben, welcher zur zweymahligen Beantwortung des Schreibens nothwendig ist. — Kann aber der Bothe in kürzerer Zeit als binnen 24 Stunden den Weg zwey Mahl hin und zurück machen, so ist es doch nicht nothwendig, daß die Annahme in dieser kür-

zeren Zeit erfolge, weil es unmöglich die Absicht des höchsten Gesetzgebers seyn kann, die Zeitfrist der Annahme kürzer zu bestimmen, wenn beyde Theile an verschiedenen Orten sich befinden, als wenn sie sich in einem und demselben Orte aufhalten. — Da indessen nicht jeder Fußgeher mit gleicher Schnelligkeit einen Weg zurücklegt, so ist ohne Zweifel bey Ausmessung des Zeitraumes die längste Zeitfrist, binnen welcher ein gewöhnlicher Bothe ohne ungewöhnliche Hemmungs-Ursachen zurückkommen kann, in Rechnung zu bringen.

§. 863.

Eintheilung der Verträge.

Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

1) Eine Willens-Erklärung ist eine Aeußerung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen oder nicht geschehen soll. — Die Willens-Erklärungen sind entweder wirkliche oder vermuthete, je nachdem ihnen entweder ein wirklich gefaßter Entschluß (Willens-Bestimmung) vorangegangen, und mit Absicht geäußert worden ist oder nicht. — Die ersteren lassen sich wieder eintheilen in ausdrückliche und stillschweigende Willens-Erklärungen.

2) Die ausdrückliche Willens-Erklärung geschieht gewöhnlich durch Worte, welche entweder mündlich ausgesprochen, oder schriftlich ausgedrückt werden; sie kann aber auch durch andere allgemein angenommene Zeichen, die an und für sich ohne Bedachtnehmung auf die besonderen Umstände ihre bestimmte Bedeutung haben, wie z. B., das Kopfnicken, das Kopfschütteln, die Darreichung der rechten Hand u. s. w. geschehen.

3) Stillschweigend wird der Wille durch solche Handlungen erklärt, die an und für sich keine bestimmten Zeichen sind, welche aber mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen

Grund zu zweifeln übrig lassen, daß der Wille so und nicht anders gewesen, und es auch in der Absicht der handelnden Person gelegen sey, ihren Willen zu offenbaren. Wer z. B. ein Ueberfahrts-Schiff besteigt, und sich über einen Fluß setzen läßt, verspricht schon dadurch die Entrichtung des gewöhnlichen Lohnes, und der Schiffer nimmt das Versprechen an [1]), oder wenn Jemand in einem Kaufgewölbe Waaren nimmt, ohne über den Kaufpreis besonders zu unterhandeln, hierfür einen bestimmten Preis dem Kaufmanne behändiget, und derselbe das Geld ohne weitere Bemerkung annimmt, so ist es ein Zeichen, daß er sich mit der Bezahlung begnüge, und es kann nach der Hand die Forderung eines höheren Betrages nicht mehr Statt finden.

4) Manchmahl erklären die Gesetze selbst bestimmte Handlungen für eine stillschweigende Willens-Erklärung; dieses ist z. B. der Fall, bey Verfassung eines zweyten Testamentes, wo angenommen wird, daß dadurch das frühere Testament widerrufen werde, obwohl beyde Testamente vielleicht ohne Anstand neben einander bestehen könnten; so wird ein Pachtvertrag stillschweigend erneuert angesehen, wenn derselbe zur gehörigen Zeit nicht aufgekündet wird u. s. w. (§§. 713 u. 1114). Dort, wo die Gesetze ausdrücklich bey einer Handlung oder Unterlassung eine stillschweigende Willens-Erklärung annehmen, hat die Sache keine Schwierigkeit, nur ist zu bemerken, daß eine ausdrückliche Willens-Erklärung doch immer der stillschweigenden derogire. — Hat das Gesetz aber nicht selbst die Handlung oder Unterlassung als eine solche stillschweigende Willens-Aeußerung erklärt, so ist in jedem einzelnen Falle die Beantwortung der Frage, ob hier eine solche stillschweigende Erklärung anzunehmen sey oder nicht, manchen Schwierigkeiten unterworfen. Herr Hofrath v. Zeiller stellt in seinem Commentare dießfalls folgende, in der Natur der Sache liegenden, Grundsätze auf:

a) der Handelnde muß von dem Geschäfte genaue und vollständige Kenntnisse besitzen;

b) seine Handlungen müssen keine andere vernünftige Absicht, als die man ihnen unterlegt, zulassen, und

1) Siehe Gesetzbuch für Westgalizien. 3 Th. §. 7.

c) darf nicht mehr daraus gefolgert werden, als dadurch angedeutet wird.

Bloßes Stillschweigen wird nur alsdann für Einwilligung geachtet, wenn der Schweigende sich erklären konnte, und vermöge der Gesetze dazu verbunden war.

5) Von der ausdrücklichen und stillschweigenden Einwilligung unterscheidet man die vermuthete, die lediglich aus der gewöhnlichen Denk- und Handlungs-Art der Menschen überhaupt, oder der individuellen Person insbesondere, oder aus den Regeln der Willenslehre in Verbindung mit den obwaltenden Umständen mit Wahrscheinlichkeit gefolgert wird. — Bey diesen weiß man weder mit Gewißheit, was für eine Absicht der Handelnde eigentlich habe, noch ob er sich überhaupt darüber, worauf es ankommt, schon bestimmt erklärt und einen Entschluß gefaßt habe, ja bisweilen wohl gar nicht einmahl, ob er überhaupt gehandelt habe, und mit dem Gegenstande bekannt sey. Dessenungeachtet glaubt man, bey dem Zusammentreffen der übrigen Umstände voraussetzen zu können, daß der Mensch, wenn er vernünftig ist, nicht anders gehandelt haben, und also auch hinterher dasjenige genehmigen werde, was man an seiner Stelle gedacht und gethan hat [1]). Wo das Gesetz selbst solche Vermuthungen aufstellt, muß sich natürlicher Weise darnach gerichtet werden; wo aber dieses der Fall nicht ist, kann einer solchen Vermuthung die Kraft einer Willens-Erklärung nicht zugeschrieben werden. — So z. B. könnte aus den Regeln der Willenslehre vermuthet werden, daß jeder Mensch ein Versprechen, welches für ihn offenbare Vortheile gewährt, annehmen werde. Dessenungeachtet wird die Annahme eines solchen Versprechens nicht vorausgesetzt, sondern es muß erwiesen werden, daß der Promissär den Willen, das Versprechen anzunehmen, durch Worte oder unzweydeutige Zeichen an Tag gelegt habe.

§. 864.

Verträge sind einseitig oder zweyseitig verbindlich, je nachdem nur Ein Theil etwas verspricht, und der andere es annimmt; oder beyde Theile ein-

1) Siehe Grävell General-Theorie der Verträge. S. 21. Anmerk.

ander Rechte übertragen, und wechselseitig annehmen. Die ersten werden also ohne Entgeld; die anderen aber mit Entgeld geschlossen.

1) Verträge gehören, wie wir aus dem §. 861 ersehen haben, zu den vorzüglichsten Quellen, Rechte zu erwerben. Wenn daher zwey Personen mit einander einen Vertrag schließen, so hat wenigstens eine davon die Absicht, durch den Vertrag ein Recht für sich zu erwerben. Gewöhnlich aber bezielen beyde Theile das Nähmliche, und beyde Theile erscheinen daher als Promittent und Promissär zugleich. Jeder tritt ein Recht in die Rechtssphäre des anderen Contrahenten ab, um dafür ein anderes in seine eigene Rechtssphäre zu bekommen. — Diese Betrachtung liefert die vorzüglichste Eintheilung der Verträge.

2) Wird nähmlich nur auf einer Seite die Erwerbung einer Sache oder eines Rechtes bezielet, und daher von der anderen Seite nur ein Recht übertragen, ohne daß gegenseitig der Uebertragende die Erwerbung eines Rechtes für sich bezielet, — oder mit anderen Worten, ohne daß sich dieser für die Uebertragung des Rechtes ein Entgeld bedinget, — dann heißt der Vertrag vorzugsweise ein einseitig-verbindlicher (unentgeldlicher), — wird aber auch zugleich von Seite des anderen der Erwerb eines Rechtes beabsichtiget, — daher von ihm für die Uebertragung des Rechtes die Erwerbung eines andern Rechtes, sohin ein Entgeld bedungen, — dann heißt der Vertrag hier vorzugsweise ein zweyseitig-verbindlicher (entgeldlicher) Vertrag. Diese Ansicht liegt auch dem gegenwärtigen §. offenbar zu Grunde.

3) Wird aber gleich bey einem unentgeldlich geschlossenen, sohin nach obiger Erklärung einseitig verbindlichen Vertrage, — die Erwerbung eines neuen Rechtes nicht beabsichtiget, folglich der Vertrag von dem Promittenten nicht in der Tendenz geschlossen, um dadurch seine Rechtssphäre auf einer anderen Seite zu erweitern, so kann es doch Fälle geben, wo auch der Promissär zu einer Leistung verbunden wird, und zwar nicht etwa bloß nebenher, sondern aus der Natur des geschlossenen Vertrages selbst.

— Setzen wir z. B.: der A habe dem B die Fruchtnießung seines Hauses ganz unentgeldlich auf mehrere Jahre überlassen. Hier übernimmt der B durch die Annahme dieses Versprechens offenbar die Verbindlichkeit, das ihm zur Fruchtnießung überlassene Haus als ein guter Haushälter in dem Stande, in welchem er es übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen (§. 513). Ungeachtet daher der Vertrag ein unentgeldlicher, — und nach der oben gegebenen Erklärung ein einseitig-verbindlicher Vertrag ist, — bleibt der Promissär nicht von allen Verbindlichkeiten befreyt. — Setzen wir dagegen: der A habe dem B seine Sackuhr geschenkt. — In diesem Falle übernimmt der B keine Verbindlichkeit, welche schon in der Annahme der Schenkung begründet wäre. Es lassen sich also die unentgeldlichen Verträge, d. i. diejenigen, bey welchen bloß ein Contrahent die Erwerbung eines Rechtes beabsichtet, gleichfalls wieder in zwey Arten theilen, nähmlich in solche, die auf Seite des Promissärs keine Verbindlichkeit, — und in solche, die eine Verbindlichkeit begründen; und es ist wenigstens nicht sprachunrichtig, wenn man die ersteren einseitig-verbindliche, — die letzteren aber zweyseitig-verbindliche nennet, in welchem Sinne des Wortes sie aber mit unentgeldlichen und entgeldlichen Verträgen nicht vermengt werden dürfen.

4) Ich behaupte daher, daß die Ausdrücke: einseitig- und zweyseitig-verbindliche Verträge, in einer doppelten Bedeutung genommen werden können, ein Mahl in einer engeren, in welcher sie den nähmlichen Begriff bezeichnen, wie die Ausdrücke unentgeldlich und entgeldlich; dann in einer weiteren Bedeutung, von welcher oben Nr. 3 der Begriff angegeben ist.

5) Daß diese Eintheilung nicht vernunftwidrig, und die Bezeichnung nicht sprachunrichtig sey, scheint mir keines weiteren Beweises zu bedürfen; denn ich habe nachgewiesen, daß es Verträge gebe, wo der Promittent allein verpflichtet, und der Promissär gar zu keiner Leistung verbunden wird, und es kann unmöglich gefehlt seyn, diese verschiedenartigen Verträge auch mit bestimmten Benennungen zu versehen; auch kann man gewiß nicht be-

haupten, es sey sprachunrichtig, diejenigen Verträge, wodurch nur ein Contrahent verbunden wird, einseitig-verbindliche Verträge, und diejenigen, wobey auch der andere Theil bestimmte Verbindlichkeiten auf sich nimmt, zweyseitig-verbindliche Verträge, und zwar zum Unterschied des oben angegebenen gesetzlichen Begriffes, im weiteren Sinne des Wortes zu nennen.

6) Ich kann mich aber nicht begnügen, meine hier entwickelte Eintheilung mit der Vernunft und dem Sprachgebrauche auszusöhnen; mir liegt als Erklärer des positiven Rechtes ob, diese Eintheilung aus dem bürgerlichen Gesetzbuche selbst zu rechtfertigen. Wie werde ich aber dieses zu thun im Stande seyn? — Offenbar dadurch, wenn ich zeige, daß der österreichische Gesetzgeber selbst den Ausdruck „einseitig oder zweyseitig" in dieser von mir angegebenen engeren Bedeutung genommen habe. — Dieses ist nun wirklich der Fall in dem §. 1369. Hier heißt es: „Was bey Verträgen überhaupt Rechtens ist, gilt auch bey dem Pfand-Vertrage. Er ist zweyseitig-verbindlich." Dieser Ausdruck „er ist zweyseitig-verbindlich" kann nun nicht in dem Sinne genommen werden, in welchem das Gesetzbuch diesen Ausdruck im gegenwärtigen §. genommen hat; denn der Pfandgeber als solcher, (wenn nähmlich nebst dem Pfand-Vertrage nicht auch andere Nebenbedingungen eintreten), bezweckt bey dem Pfand-Vertrage nicht die Erwerbung eines neuen Rechtes von seiner Seite, sondern will bloß dadurch die Rechtssphäre des Pfandnehmers erweitern. — Es läßt sich zwar allerdings denken, daß sich der Pfandgeber eine Gegenleistung ausbedinge, in welchem Falle er als ein entgeltlicher, folglich zweyseitig-verbindlicher Vertrag im Sinne des gegenwärtigen §. anzusehen wäre; allein eine solche Nebenbestimmung wäre eine rein-zufällige, nicht einmahl natürliche, um so weniger wesentliche Beschaffenheit des Pfandvertrages. Auch gibt der §. 1369 im weiteren Verfolge selbst an, in welcher Beziehung der Pfandvertrag als ein zweyseitig-verbindlicher Vertrag angesehen werden müsse, da er sagt: „Der Pfandnehmer muß das Handpfand wohl verwahren und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurückgeben. Betrifft es eine Hypo-

thek, so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den öffentlichen Büchern bewirken zu können." Diese Verbindlichkeit des Pfandnehmers sind offenbar nicht von der Art, daß sie als ein Entgeld für die Hergebung des Pfandes angesehen werden können; sondern das Gesetz legt sie hier dem Pfand-Inhaber zur Erleichterung der Last des Pfandgebers auf [1]).

7) Das Gesetzbuch redet hier bloß von entgeldlichen und unentgeldlichen Verträgen, und scheint daher dadurch stillschweigend zu erklären, daß es keine gemischten Verträge gebe. — Bey Prüfung, ob dieser Schein auch richtig sey, müssen wir untersuchen, was man eigentlich unter gemischten Verträgen verstehe. — Herr Hofrath v. Zeiller sagt bey Erläuterung des §. 938: „Verträge sind theils schlechterdings unentgeldliche, wie die Schenkung und der Leihvertrag, theils rein entgeldliche, wie der Kauf-, Tausch- und Bestand-Vertrag; theils gemischte, die bald zu einer, bald zur andern Art gehören, wie der Darleihens-, Verwahrungs- oder Bevollmächtigungs-Vertrag, und mehrere Arten der Verträge über Dienstleistungen, ferner die Glücks-Verträge und Ehepacten." — Die §§. 934, 969, 1004 u. 1267 stellen außer Zweifel, daß es in diesem Sinne gemischte Verträge gebe. Allein eben so wenig läßt es sich bezweifeln, daß die Benennung „gemischte Verträge" in dieser Beziehung nicht ganz richtig gewählt sey, weil der Ausdruck „gemischter Vertrag" einen Vertrag (in concreto) voraussetzt, auf welchen diese Erklärung nicht anwendbar ist. Herr Professor Schuster, der dieses näher nachgewiesen hat [2]), setzt daher bey: „Die Eintheilung der Verträge in schlechterdings unentgeldliche, rein-entgeldliche und gemischte muß daher auch aus der Rechtswissenschaft verbannt werden, so wie sie auch aus dem Gesetzbuche ausgeschlossen ist." — Allein ich glaube, daß dadurch, daß der Gesetzgeber im gegenwärtigen §. von gemischten Verträgen keine Erwähnung

1) Vergleiche die Abhandlung des Herrn Professors Schuster in der Wagner'schen Zeitschrift, 1830. V. Heft., S. 237 — 265. Bey Commentirung des §. 1369 wird die von diesem Schriftsteller entwickelte Ansicht näher gewürdiget werden.

2) In der citirten Abhandlung, S. 249 — 250.

macht, die obige Eintheilung nicht schlechterdings aus dem Gesetzbuche ausgeschlossen sey. Noch im gegenwärtigen Hauptstücke wird, und zwar im §. 935, von gemischten Verträgen ausdrücklich eine Erwähnung gemacht, und noch die Rechtsfolge damit verbunden, daß bey ihnen das Rechtsmittel der Schadloshaltung wegen Verletzung über die Hälfte nicht Platz greife. Solche gemischte Verträge kommen auch auf dem Lande bey Güter-Abtretungen von Aeltern an ihre Kinder, wo sich erstere für die Ueberlassung ihres Anwesens oft nur eine jährliche mäßige Abgabe an Geld und Naturalien bedingen, häufig vor, und sie sind auch in der Natur der Sache gegründet. — Bey diesen Verträgen nimmt der Promittent auf die Persönlichkeit des Promissärs Rücksicht, und begnüget sich daher mit einem geringeren Entgelde, als er erhalten würde, wenn er ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Promissärs den Vertrag abgeschlossen hätte. Der Promittent will zwar sein Recht nicht ganz unentgeldlich in die Rechtssphäre des Promissärs überlassen, was bey rein unentgeldlichen Verträgen geschieht, aber er bezwecket eben so wenig, aus der Rechtssphäre des anderen eben so viele Rechte in eigene zu ziehen, als dieses bey rein entgeldlichen Verträgen der Fall ist. Rein unentgeldliche Verträge erscheinen auf Seite des Promittenten lediglich als Acte der Freygebigkeit, bey rein entgeldlichen Verträgen verschwindet das Motiv der Freygebigkeit ganz. Bey gemischten Verträgen hingegen tritt das Motiv der Freygebigkeit wieder hervor, doch nicht so rein, und in die Augen springend, wie bey den rein unentgeldlichen Verträgen. Es wäre daher Schade, eine Eintheilung aus der Rechtslehre verbannen zu wollen, welche im täglichen Leben so häufig zum Vorscheine kommt.

8) Aus dem Gesagten darf man aber keineswegs schließen, daß alle jene Verträge in die Classe der gemischten gehören, wo der Pasciscent nicht so viel am Werthe erhält, als er hintangegeben hat; sondern ein gemischter Vertrag ist nur dann vorhanden, wenn der Pasciscent diesen Theil des Werthes, um welchen er weniger erhält als er hintangegeben hat, aus dem reinen Motive der Freygebigkeit fahren läßt. Wenn daher z. B. Je-

mand, der sich in Geld-Verlegenheit befindet, eine Sache mit Bewußtseyn unter ihrem wahren Werthe veräußert, schließt deßhalb keinen gemischten Vertrag, weil sich die Verzichtleistung auf die volle Ergänzung des Werthes keineswegs in einem Acte der Freygebigkeit gründet.

9) Daß übrigens die Eintheilung der Verträge in rein entgeldliche, rein unentgeldliche und gemischte nicht unpractisch sey, und verschiedene Rechtsfolgen hiervon abhängen, beweiset eben der §. 935. Wollte man diese dreyfache Eintheilung der Verträge durchaus nicht gelten lassen, so müßte man offenbar diese gemischten Verträge in die Classe der entgeldlichen reihen. Nun gilt ja eben die Regel, daß bey diesen Verträgen das Rechtsmittel der Schadloshaltung wegen Verletzung über die Hälfte Platz greife (§. 934), was ganz natürlich bey rein unentgeldlichen Verträgen nicht gedenkbar ist. — Außer dieser im Gesetze selbst ausdrücklich angeführten Folge dieses dreyfachen Unterschiedes wird an den zukömmlichen Orten (§§. 915 u. 932) auch noch auf andere practische Folgen aufmerksam gemacht werden.

§. 865.

Erfordernisse eines gültigen Vertrages. 1) Fähigkeiten der Personen.

Wer den Gebrauch der Vernunft nicht hat, wie auch ein Kind unter sieben Jahren, ist unfähig, ein Versprechen zu machen, oder es anzunehmen. Andere Personen hingegen, welche von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen, können zwar ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen, oder selbst Etwas versprechen, hängt die Gültigkeit des Versprechens nach den in dem dritten und vierten Hauptstücke des ersten Theiles gegebenen Vorschriften in der Regel von der Einwilligung des Vertreters oder zugleich des Gerichtes ab. Bis

diese Einwilligung erfolgt, kann der andere Theil nicht zurücktreten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen.

1) In diesem §. handelt das Gesetz von der Fähigkeit, ein Versprechen zu machen, und ein solches anzunehmen. Da zwischen der Fähigkeit, in Versprechen zu machen, und der, ein solches anzunehmen, in sehr vielen Rücksichten ein Unterschied obwaltet, so will ich hier vor Allem von der Fähigkeit, ein Versprechen zu machen, sprechen.

2) Unter die in dieser Rücksicht unfähigen Personen gehören zuvörderst diejenigen, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unfähig sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen. Bey den ersteren tritt noch der besondere Grund ein, daß ihre Willens-Aeußerungen als Producte ihrer freyen Vernunft-Thätigkeit nicht angesehen werden können, und nur eine solche Willens-Erklärung zur Uebertragung eines Rechtes geeignet ist. In diese Classe der Menschen gehören vorzüglich Rasende und Wahnsinnige, wenn sie in dem Zustande ihrer Raserey oder ihres Wahnsinnes ein Versprechen machen. Daher ist das Versprechen, das solche Personen machen, schon abgesehen von einem positiven Gesetze nach natürlichen Rechts-Grundsätzen ungültig.

3) Dagegen wäre ein von einem solchen Menschen in einer Zeitperiode, wo sein kranker Zustand zu wirken aufgehört hat, und er des Gebrauches seiner Vernunft mächtig ist, abgegebenes Versprechen allerdings gültig. Nach positiven österreichischen Gesetzen muß man aber, wie schon bey §. 48 bemerkt worden ist, zweyerley Arten von Rasenden und Wahnsinnigen unterscheiden. Es gibt nähmlich Personen, die bloß periodisch in den Zustand der Raserey oder des Wahnsinnes verfallen, und über die niemahls eine Curatel verhängt wurde. Solche Personen können allerdings in lichten Augenblicken ein gültiges Versprechen machen, weil in diesen hellen Zwischenräumen von ihnen nicht gesagt werden kann, daß sie den Gebrauch ihrer Vernunft nicht haben, und selbe auch von keinem Curator abhängig sind

Es wird in einem solchen Falle sogar derjenige, welcher die Gültigkeit des Versprechens behauptet, nicht einmahl den Beweis herzustellen haben, daß der versprechende Theil zur Zeit seines Versprechens seines Vernunft-Gebrauches mächtig gewesen sey, sondern es wird vielmehr demjenigen, welcher dieses verneint, der Beweis obliegen. — Dagegen dauert die Unfähigkeit der Rasenden und Wahnsinnigen, welche bereits unter Curatel gesetzt worden sind, ein Versprechen zu machen, so lange fort, als die Curatel über sie noch fort besteht, und es würde dem andern Theile nichts nützen, wenn er bewiese, daß ein solcher Mensch zur Zeit des gemachten Versprechens bey seinem vollkommenen Verstandes-Gebrauche gewesen sey. Richtig ist es zwar, daß in einem solchen Falle der vorne Nr. 2 erwähnte besondere Grund zu wirken aufhöre, immer steht aber der Rechts-Gültigkeit des Versprechens noch der Umstand im Wege, daß solche Personen noch von einem Curator abhängig sind, und nach dem Inhalte der hier zu erklärenden Gesetzesstelle solche Personen, die von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen, für sich allein kein gültiges Versprechen machen können.

4) Die Blödsinnigen, welche in den meisten Puncten den Rasenden und Wahnsinnigen von unserm Gesetze gleich gestellt werden, theilen sich, wie bereits §. 21 erwähnt worden, in zwey Classen, nähmlich: in solche, welche des Gebrauches ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind, und in solche, denen zwar der Gebrauch der Vernunft nicht platterdings mangelt, welche aber unfähig sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen. Von den ersteren gilt dasjenige, was oben Nr. 2 von den Rasenden und Wahnsinnigen bemerkt worden ist. Allein auch die letzteren können eben darum, weil sie die Folgen ihrer Handlungen, folglich auch die, welche ein gemachtes Versprechen für sie hervorbringen wird, oder wenigstens hervorbringen kann, nicht einsehen, für sich eigenmächtig kein gültiges Versprechen machen, sondern werden dießfalls von einem Curator vertreten.

5) Unter diejenigen, welche wegen Mangel des Vernunft-Gebrauches unfähig sind, ein Versprechen zu machen, gehören

auch Vollbetrunkene, d. i. solche, welche sich durch übermäßigen Genuß geistiger Getränke in einen solchen Zustand versetzt haben, daß der Gebrauch des Verstandes auf eine gewisse Zeit ganz gelähmt erscheint. Durch eine nicht volle Trunkenheit werden zwar die Verstandes-Kräfte geschwächet, allein nicht ganz aufgehoben. — Versprechen verlieren daher ihre Gültigkeit dadurch nicht, daß erwiesen wird, der Versprecher sey zur Zeit des gemachten Versprechens überhaupt betrunken gewesen; sondern es muß dargethan werden, daß die Trunkenheit in einem so hohen Grade gesteigert war, in welchem der Gebrauch der Vernunft ganz gelähmt ist. — Man könnte vielleicht dagegen bemerken, daß Trunkenheit, wenn sie auch gleich in keinem solchen Grade vorhanden ist, die mit selber behaftete Person doch wenigstens verhindere, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, folglich nach dem oben Nr. 4 angegebenen Grunde von den Betrunkenen das Nähmliche behauptet werden müsse, was von den Blödsinnigen der zweyten Gattung ausgesprochen worden ist, nähmlich: daß sie, in Berücksichtigung der Unfähigkeit die Folgen ihrer Handlungen gehörig einzusehen, auch kein rechtsgültiges Versprechen machen können. Allein dieser Bemerkung steht vor Allem der Wortlaut des positiven Gesetzes entgegen, das ausdrücklich nur diejenigen, welche den Gebrauch der Vernunft nicht haben (was von Betrunkenen der letzteren Art nicht behauptet werden kann); dann die, welche von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen (welches gleichfalls bey Betrunkenen als solchen nicht der Fall ist), für unfähig erkläret, eigenmächtig ein Versprechen zu machen. Es ist auch ganz in der Natur der Sache gegründet, daß das Gesetz seinen Schutz nur auf jene Personen ausdehnen könne, welche nach ihren natürlichen Eigenschaften in einen durch längere Zeit anhaltenden Zustand des minder vollkommenen Vernunft-Gebrauches versetzt sind; keineswegs kann es aber auch solche vorübergehende Geistes-Zustände berücksichtigen.

6) Es ist kein Zweifel, daß der Mensch auch durch andere Leidenschaften, die auf seinen Verstand einwirken, in einen solchen Zustand versetzt werden könne, in welchem er seiner Vernunft nicht

mächtig ist. Allein dieser Zustand stimmet im Wesentlichen mit dem eines Rasenden oder Wahnsinnigen überein, und unterscheidet sich nur darin, daß jener gewöhnlich momentan ist, wogegen dieser durch längere Zeit anhält. Solche Leidenschaften sind: Schrecken, Furcht, Zorn u. dgl., wobey jedoch auf den Unterschied der Furcht, wie sie hier vorkömmt, von der, über welche in den §§. 870 u. 871 gehandelt werden wird, aufmerksam gemacht werden muß. Hier ist nähmlich von einer Furcht die Rede, welche den Menschen des Gebrauches seiner Vernunft gänzlich beraubt, und es ist daher nicht einmahl nothwendig, daß dieselbe mit der Willens-Aeußerung in einem inneren Zusammenhange stehe. Daß aber Trunkenheit oder Leidenschaften bis zu einem solchen Grade gestiegen sind, wird nicht vermuthet, sondern muß von demjenigen, der es behauptet, gehörig erwiesen werden.

7) Diejenigen, welche noch minderjährig sind, sind gleichfalls unfähig, für sich allein ein rechtsgültiges Versprechen zu machen. Haben aber diese Minderjährigen auf irgend eine Art und Weise die Großjährigkeit erlanget (§§. 174 u. 252), so versteht es sich von selbst, daß selbe auch dadurch fähig werden, ein rechtsgültiges Versprechen zu machen. Jedoch kann auch ein minderjähriges, außer der Verpflegung der Aeltern stehendes Kind über dasjenige, was es durch seinen Fleiß erwirbt, so wie auch über Sachen, die ihm nach erreichter Mündigkeit (d. i. bis zum zurückgelegten vierzehnten Lebensjahre,) zum Gebrauche übergeben worden sind, frey verfügen (§§. 151 u. 246), und ein auf solche Sachen beziehendes Versprechen hat daher seine volle Gültigkeit. Auch Dienstleistungen kann der Minderjährige, ohne Einwilligung seines Vormundes, gültig versprechen, und nur bey vorhandener wichtiger Ursache kann der Vormund denselben vor der gesetz- oder vertragsmäßigen Zeit zurückrufen (§. 246). Der Obervormundschaft ist auch die Macht eingeräumt, einem Minderjährigen, der das zwanzigste Jahr zurückgelegt hat, den reinen Ueberschuß seiner Einkünfte zur eigenen freyen Verwaltung zu überlassen, über diesen seiner Verwaltung anvertrauten Betrag ist er berechtiget, sich eigenmächtig zu verbinden (§. 247). Dagegen kann auch über eine Person, welche das vierundzwanzigste

Jahr ihres Lebens bereits zurückgelegt hat, die väterliche oder vormundschaftliche Obsorge noch weiters fortgesetzt werden; eine solche Fortsetzung muß aber immer früher öffentlich bekannt gemacht werden (§§. 172 u. 251). Würde diese öffentliche Bekanntmachung vernachlässiget, so entsteht die Frage: ob das Versprechen eines solchen Curanden für gültig zu achten wäre oder nicht? — Ich glaube, daß ein solches Versprechen in Hinsicht auf einen Dritten, der darauf Rechte gründet, wenn derselbe nicht auf eine andere Art und Weise wirklich in die Kenntniß des Umstandes gelangt ist, daß die vormundschaftliche oder väterliche Gewalt über den Versprecher fortgesetzt wird, als gültig angesehen werden müsse; denn die Fortsetzung der väterlichen Gewalt oder Curatel über einen Menschen, welcher bereits das vierundzwanzigste Jahr zurückgelegt hat, ist zugleich als ein specielles Gesetz für alle übrigen Menschen zu betrachten, daß sie ohne Einstimmung seines gesetzlichen Vertreters kein Rechts-Geschäft mit ihm abschließen sollen. Ist daher die Fortsetzung der Curatel nicht öffentlich bekannt gemacht worden, so ist dieselbe als ein nicht gehörig kund gemachtes Gesetz anzusehen, und kann daher den Rechten derjenigen nicht nachtheilig seyn, welche bey anerkannter physischer Großjährigkeit desselben sein Versprechen für rechtsgültig ansehen, und die Erwerbung eines Rechtes hierauf gründeten.

8) Unter diejenigen Personen, welche unfähig sind, ein gültiges Versprechen ohne Zustimmung einer anderen Person zu machen, gehören die Verschwender (§. 273). Auch die Erklärung, daß Jemand wegen Verschwendung unter Curatel gesetzt sey, muß öffentlich bekannt gemacht werden; so lange diese öffentliche Kundmachung nicht geschehen ist, ist das Versprechen eines solchen Verschwenders, in Bezug auf einen Dritten, für gültig zu erklären. Diese Unfähigkeit des Verschwenders, ein gültiges Versprechen zu machen, dauert so lange fort, bis die Behörde die Curatel über ihn ausdrücklich aufgehoben hat.

9) Ist für einen Abwesenden ein Curator aufgestellt, so geschah diese Aufstellung nur zu dem Zwecke, damit entweder seine eigenen Rechte nicht durch Verzug gefährdet, oder die Rechte

eines Andern in ihrem Gange nicht gehemmet werden (§. 276). Eine Abhängigkeit des Curanden von seinem Curator wird hier nicht gegründet; vielmehr hat in dem Falle, als der Aufenthaltsort des Abwesenden bekannt ist, ihn sein Curator von der Lage seiner Angelegenheiten zu unterrichten (ebenda), und der Curand ist ohne Zweifel berechtiget, seinem Curator die Regeln seines Benehmens vorzuzeichnen. Diese Curatel hindert daher den Curanden nicht, für sich eigenmächtig ein gültiges Versprechen zu machen. Nur in dem Falle, als seine Verfügungen mit der innerhalb den Gränzen seiner Gewalt getroffenen Verfügungen seines Curators in Collission geriethen, müßte ersterer dem letzteren weichen.

10) Aus dem Inhalte des vierten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von den Vormundschaften und Curatelen ist zu ersehen, daß in manchen Fällen der gesetzliche oder gerichtlich aufgestellte Vertreter im Nahmen des Pflegebefohlenen eigenmächtig ein Versprechen machen könne, in anderen dagegen die Einwilligung der Gerichts-Behörde hinzukommen müsse; es entsteht daher die Frage: ob ein von dem Vertreter eines solchen Pflegebefohlenen gemachtes Versprechen, vor welchem derselbe sich der Einstimmung der Behörde hätte versichern sollen, gültig sey, und nur der Vertreter für die Außerachtlassung seiner Pflichten zu haften habe? — Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in allen jenen Fällen, wo dieser Handlungen unternimmt, welche die Gesetze ausdrücklich seinem Wirkungskreise entzogen (§. 232), auch für einen Dritten dadurch kein Recht begründet werden kann; denn der Inhalt der dießfälligen Gesetze ist als seine offene Vollmacht anzusehen, in so fern aber ein Gewalthaber die Gränzen seiner Vollmacht überschreitet, werden dem Gewaltgeber keine Verbindlichkeiten auferlegt (§. 1017). Findet indessen die Behörde selbst in manchen Fällen sich veranlaßt, das Befugniß des Vertreters in engere Gränzen zu ziehen, als die Gesetze seinen Verfügungen gesteckt haben, so hat dieses auf die Gültigkeit eines Versprechens nur dann einen Einfluß, wenn der Dritte, dem das Versprechen gemacht worden ist, Kenntniß hiervon erhalten hat.

11) Bisher wurden die Fälle auseinander gesetzt, in welchen ein Versprechen, wegen Unfähigkeit desjenigen, der verspricht, unwirksam wird, nun gehen wir auf die Untersuchung der Frage über: wer ein Versprechen mit Rechtsgültigkeit annehmen könne? — Bey Beantwortung dieser Frage ist vor Allem zu unterscheiden, ob mit der Annahme des Versprechens auch die Uebernahme einer Last verknüpft ist oder nicht. — Im ersten Falle gilt von der Fähigkeit, ein Versprechen anzunehmen, ganz das Nähmliche, was vorausgehend von der Fähigkeit, ein Versprechen zu machen, gesagt wurde. Für den letzteren Fall werden die gesetzlichen Bestimmungen, so wie folgt, dargestellt.

12) Zur Annahme eines Versprechens sind vor Allem jene Personen unfähig, denen der Gebrauch der Vernunft mangelt, und von denen bereits Nr. 2 — 6 umständlicher gehandelt worden ist. Indessen muß hier auf folgende Unterschiede aufmerksam gemacht werden. Die Unfähigkeit der Rasenden und Wahnsinnigen, welche unter Curatel gesetzt sind, ein Versprechen anzunehmen, hört auf, wenn ein solcher Mensch zur Zeit der Annahme den Gebrauch seines Verstandes hat, und es ist hier nicht nöthig, daß die Curatel über ihn bereits aufgehoben sey; denn der gesetzliche Grund, warum solche Menschen selbst zur Annahme eines Versprechens unfähig sind, ist, wie bereits erwähnt wurde, kein anderer, als, weil die Willens-Aeußerung derselben als Product ihrer freyen Willens-Thätigkeit nicht angesehen werden kann; welcher Grund ganz natürlich nur in so lange fortdauert, als diese Personen wirklich des Gebrauches ihrer Vernunft beraubt sind. — Man könnte zwar sagen, daß, so lange die Curatel über sie verhängt sey, auch die Vermuthung fortbestehe, daß sie des Gebrauches ihrer Vernunft noch nicht mächtig sind, welche Vermuthung als eine praesumtio juris et de jure angesehen werden müsse, die keinen Gegenbeweis zulasse. Darauf antworte ich aber: allerdings besteht, so lange die Curatel nicht aufgehoben ist, die Vermuthung dafür, daß diese Menschen jenen Gebrauch der Vernunft noch nicht erhalten haben, welcher sie fähig machte, mit ihrem Vermögen frey disponiren zu können; allein nicht jeder, dem dieses Vermögen

mangelt, ist auch unfähig ein Versprechen anzunehmen, sondern nur jene, welche des Gebrauches ihrer Vernunft ganz beraubt sind. Ist doch selbst die letzte Willens-Erklärung einer solchen Person gültig, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser zur Zeit der letzten Anordnung bey voller Besonnenheit gewesen sey (§. 567), wie viel mehr muß nicht eine Willens-Erklärung gültig angesehen werden, durch welche die Person von dem Ihrigen an Niemanden Etwas überträgt, sondern nur für sich selbst ein Recht erwirbt.

13) Die Blödsinnigen der ersteren Gattung (Nr. 4) sind ganz natürlich ebenfalls unfähig, ein Versprechen anzunehmen. Die der letzteren Gattung können aber ein zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen; denn sie gehören unter jene Personen, welche zwar den Gebrauch der Vernunft haben, aber wegen Unvollkommenheit desselben von einem Curator vertreten werden. Das Gesetz stellt die Blödsinnigen zwar den Unmündigen gleich (§. 48); allein wenn Unmündige die Jahre der Kindheit überschritten haben, so sind sie auch zur Annahme eines Versprechens fähig. In diese Classe der Unmündigen müssen aber jene Blödsinnigen gereihet werden, welche des Gebrauches ihrer Vernunft nicht gänzlich beraubt sind, folglich die Fähigkeit haben, einen Willen zu äußern, und denen nur die Fähigkeit mangelt, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen.

14) Minderjährige sind, wenn sie die Jahre der Kindheit (§. 21) bereits zurückgelegt haben, allerdings fähig, ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen anzunehmen; so lange sie sich aber in dem Kindesalter befinden, sind sie ebenso, wie andere der Vernunft beraubte Menschen, unfähig, ein Versprechen anzunehmen. Es hat hier auch kein Beweis, daß das Kind bereits seine Vernunft gebrauchen konnte, Statt; wohl aber ist der Beweis zulässig, daß ein Kind, obschon es das siebente Lebensjahr bereits zurückgelegt hat, diesen Grad des Vernunft-Gebrauches noch nicht erhalten habe; denn der Beweis, ein Mensch habe den Gebrauch seiner Vernunft nicht, kann in jedem Lebens-Alter desselben Platz greifen.

15) In Ansehung der noch in dem Kindes-Alter sich befindlichen Personen, und aller jener, welche des Gebrauches ihrer Vernunft nicht mächtig sind, haben die gesetzlichen Vertreter derselben sich über die Annahme eines Versprechens in ihrem Nahmen zu erklären, und da die Annahme eines Versprechens, mit welchem keine Lasten übernommen oder wieder Etwas dagegen versprochen wird, nur zum Vortheile der Curanden gereichen kann, so folgt, daß hier kein Fall eintreten könne, wo zur Rechtsgültigkeit derselben auch noch die Einwilligung der Vormundschafts- oder Curatels-Behörde hinzutreten müßte.

16) Ist mit der Annahme eines Versprechens auch die Uebernahme einer Last verbunden, so hängt die Rechtsgültigkeit der Annahme von Seite des Vertreters auch häufig von der Zustimmung der Vormundschafts- oder Curatels-Behörde ab. In einem solchen Falle sind die im §. 862 angeführten Bestimmungen, in Ansehung der Frist zur Erklärung der Annahme, nicht anwendbar; sondern der versprechende Theil kann so lange, bis diese Einwilligung erfolgt, von seinem Versprechen nicht zurücktreten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen. Er kann daher entweder gleich anfänglich bey Erklärung seines Versprechens selbst die Frist bestimmen, innerhalb welcher die Einwilligung ertheilt werden müsse, oder er kann dieses erst in der Folge thun. Im ersten Falle ist der gegebene Termin genau einzuhalten, und es kann nicht erst wieder in Beurtheilung gezogen werden, ob die gegebene Frist auch eine angemessene sey oder nicht. Ist es dem Vertreter des Curanden oder dem Gerichte möglich, die Annahme in der gegebenen Frist zu erklären, so liegt es ihnen ob, wenn sie ihrem Curanden dadurch ein Recht erwerben wollen, sich mit der Abgabe ihrer Erklärung zu beeilen; ist aber die gegebene Frist von der Art, daß binnen derselben die Annahme nicht erfolgen kann, so ist es eben so viel, als ob dem Versprechen eine aufschiebende, unmögliche Bedingung beygerückt worden wäre. Die Anordnung aber, wodurch Jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig (§§. 698 u. 897). Ist aber gleich anfänglich bey Erklärung des Versprechens keine Frist zur An-

nahme desselben bestimmt worden, so kann zwar der versprechende Theil in der Folge eine solche Frist bestimmen; allein in diesem Falle muß sie eine angemessene seyn, d. h. sie muß eine solche Ausdehnung haben, daß mit Berücksichtigung aller Verhältnisse die Erklärung der Annahme binnen selber leicht erfolgen kann. Muß bey der Annahme auch die Einwilligung des Gerichtes hinzutreten, so muß auf den gewöhnlichen Geschäftsgang bey diesem vorzüglich Bedacht genommen werden.

§. 866.

Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sey, und dadurch einen Andern, der darüber nicht leicht Erkundigung einhohlen konnte, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.

1) Bey Erlassung dieser Anordnung ging der Gesetzgeber, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, von dem Gesichtspuncte aus, daß derjenige, welcher mit Personen, die sich zu verpflichten unfähig sind, einen Vertrag schließt, gewöhnlich die Schuld sich selbst beymessen müsse, und daher einen Rechtsbeystand nicht verdiene, und daß eine Ausnahme von diesem Grundsatze nur dann eintrete, wenn er ohne sein eigenes, und nur durch grobes Verschulden des Unfähigen zu Schaden gekommen ist.

2) Damit aber der Unfähige zu einer Ersatz-Leistung verurtheilt werden könne, wird erfordert: a) daß derselbe listiger Weise, folglich in der Absicht, Jemanden irre zu führen, fälschlich vorgegeben habe, daß er den Vertrag eigenmächtig zu schließen befugt sey, indem er z. B. behauptet, er habe seine Großjährigkeit schon erreicht, oder fingirte Documente vorweiset, aus welchen er die Aufhebung der Curatel wenigstens wahrscheinlich macht u. s. w.; b) muß dem anderen, redlich handelnden Theile nicht leicht möglich gewesen seyn, sich von der Wahrheit oder Falschheit des Vorgebens zu überzeugen; c) muß insbesondere, wenn die Unfähigkeit in der Minderjährigkeit liegt,

der Minderjährige sein zwanzigstes Jahr bereits zurückgelegt haben (§. 248). Nur dann, wenn die angewendete List dem Minderjährigen als Verbrechen oder schwere Polizey-Uebertretung angerechnet werden müßte, könnte auch ein Minderjähriger, der das zwanzigste Jahr seines Lebens noch nicht zurückgelegt hat, zum Ersatze verurtheilet werden, weil jeder Verbrecher oder schwerer Polizey-Uebertreter den aus seiner Handlung hervorgehenden Schaden zu vergüten verpflichtet ist (§§. 514 des 1. Th. und 325 u. 341 des 2. Th. des St. G. B.).

3) Hier wird wiederhohlt darauf aufmerksam gemacht, daß der Gesetzgeber das mit dem Unfähigen abgeschlossene Geschäft nicht durchgehends für gültig erkenne, und daher dem Vormunde, Curator, oder nach Umständen der Vormundschafts- oder Curatels-Behörde immer freystehe, dasselbe zu zernichten, ja! es wird vielmehr in diesem §. vorausgesetzt, daß das Geschäft wirklich als ungültig erklärt werde, weil hier nur von dem Schaden die Rede seyn kann, welcher für den Irregeführten dadurch entsteht, daß das Geschäft wieder rückgängig gemacht wird. — Findet die Vormundschafts- oder Curatels-Behörde es für den Minderjährigen oder Curanden vortheilhafter, das Geschäft aufrecht zu erhalten, so ist sie allerdings hierzu berechtiget, und es kann dann von einem Ersatze keine Rede seyn.

4) Der gegenwärtige §. sagt, daß der listige Contrahent zur Genugthuung verpflichtet sey. Dieser Ausdruck begreift sowohl die eigentliche Schadloshaltung, bey welcher bloß der wirklich erlittene Schade vergütet wird, als auch die volle Genugthuung, bey welcher auch der entgangene Gewinn ersetzt wird, in sich. — Liegt die Unfähigkeit in der Minderjährigkeit, so ist selbe nur auf die eigentliche Schadloshaltung zu beschränken (§. 248 Nr. 1), ausgenommen, der Irreführende hätte sich dabey einer durch ein Strafgesetz verpönten Handlung schuldig gemacht; denn diesen Fall scheint der §. 248 nicht in sich zu begreifen. Liegt die Unfähigkeit in einer anderen Ursache, so wären sich hier überhaupt die Grundsätze vor Augen zu halten, welche im dreyßigsten Hauptstücke aufgestellt sind.

§. 867.

Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde (§. 27) oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§. 290).

1) Erlaubte Gesellschaften und Gemeinschaften sind überhaupt fähig, unmittelbar selbst, oder mittelst ihrer Vorsteher, Verwalter oder Bevollmächtigten Verträge zu schließen (§§. 26, 833 u. 1201). Es ist bereits bey Erläuterung des §. 27 berührt worden, daß ordentliche, weltliche und geistliche Gemeinden und öffentliche Corporationen, worunter besonders Städte, Märkte, Innungen, öffentliche Institute, Stiftungen, Kirchen und Klöster gehören, unter dem öffentlichen Schutze stehen, und ihre besondere durch die politischen Gesetze und Statuten bestimmte Verfassung haben, aus welcher abgenommen werden muß, in wie weit man sich mit ihnen in einen Vertrag einlassen könne, und was zur gültigen Zustandekommung eines solchen Vertrages gehöre. — Es sind auch dort schon einige der vorzüglichsten besonderen Vorschriften, welche in Bezug auf die privatrechtlichen Verhältnisse solcher Gemeinden bestehen, angeführt worden. Der gegenwärtige §. macht wiederhohlt darauf aufmerksam, daß derjenige, welcher sich mit einer solchen Gemeinde in ein Rechts-Geschäft einläßt, sich um die Verfassung derselben, und die bestehenden politischen Vorschriften bekümmern solle.

2) Um dem Bedürfnisse einer bestimmten Vorschrift über das Befugniß geistlicher Gemeinden und Pfründner über den Ertrag des ihnen zum Genusse eingeräumten Stiftungs-Vermögens rechtsgültige Pacht- und Mieth-Verträge abzuschließen, zu begegnen, haben Se. Majestät Folgendes verordnet [1]).

1) Hofkanzley-Decret vom 14. April 1821.

a. Die Vorsteher geistlicher Gemeinden sind ohne Beystimmung ihrer Gemeinden nicht befugt, gültige Pacht- und Mieth-Verträge abzuschließen. Die Beystimmung der Gemeinde muß durch die bey ihren Beschlüssen übliche Fertigung dem Contracte beygesetzt seyn.

b. Es liegt in der Natur des Frucht-Genusses, daß geistliche Pfründner für sich selbst und ohne höhere Genehmigung nur für die Zeit des Besitzes ihrer Pfründe über den Ertrag des Pfründen-Vermögens gültige Pacht- und Mieth-Verträge abschließen können.

c. Wenn von einer geistlichen Gemeinde oder von einem geistlichen Pfründner über das Stiftungs-Vermögen, welches sie besitzen, Pacht- oder Mieth-Verträge

aa) auf die Lebensdauer des Pächters oder Miethmannes; bb) bey Grund-Erträgnissen und Gerechtsamen auf eine längere Zeit, als auf neun Jahre bedungen werden will, ist zur Gültigkeit dieser Verträge die Genehmigung der Landesstelle nothwendig.

3) Das, was oben Nr. 1 von Gemeinden gesagt wurde, ist auch auf Behörden, ihre Vorsteher und Mitglieder mit Rücksicht auf die ihnen durch Amts-Vorschriften vorgezeichneten Gränzen anzuwenden. — In dieser Beziehung ist hier die Verordnung des k. k. Hofkriegs-Rathes an sämmtliche Militär-General-Commanden vom 24. September 1826, welche mit Hofkanzley-Decret vom 23. October 1826 [1]) sämmtlichen Länderstellen zur allgemeinen Kundmachung mitgetheilt wurde, zu beachten, vermöge welcher den Militär-Magazins-Rechnungsführern jede Entlehnung an baren Geldern, Naturalien und Materialien, nicht nur von Privaten, sondern auch von anderen ärarischen Cassen, oder Kreis-, Comitats-, Delegations- oder Herrschafts-Aemtern ausdrücklich und unbedingt verbothen wurde. Nur für die ungarischen Provinzen und für Siebenbürgen sind ausnahmsweise für zwey Fälle folgende, vorgehendes Verboth aufrecht erhaltende, Abhülfen gestattet worden: wenn nähmlich durch Brand oder Ueberschwemmungen eines Quartier-Ortes und der daselbst gesammelten Vorräthe, oder durch plötzliche Militär-Disloca-

1) P. G. S. 51. B., S. 110.

tions-Aenderungen ein Mangel an den ordentlichen Fürsorgen und Vorbereitungen entsteht. — Nur in diesen ausgenommenen Fällen haben die betreffenden Militär-Behörden und darnach auch die Militär-Magazins-Verwaltungen der letzt benannten Provinzen, in einem von dem Militär-Commandanten des Ortes, von dem Magazins-Controllor und Rechnungsführer gefertigten Ansuchen, von den Comitaten, oder wenn der Sitz derselben nicht im Orte, dann auch die schnelle Communication mit dieser Behörde gehindert wäre, von den nächsten Herrschafts-Aemtern oder auch Magistraten, die einstweilige Aushülfe an den Bedürfnissen, bis das General-Commando mit der Landesstelle die neuen Einleitungen getroffen hat, eben so anzusuchen, wie für ähnliche, in Kriegszeiten eintretende, plötzliche Erfordernisse die gleiche Hülfe im Wege der Requisition, gegen Vergütung der zu berechnenden Beköstigung, statuirt und vorgeschrieben ist. Auf einseitige Zuschriften des Verpflegs-Magazins-Rechnungsführers oder Controllors, und ohne ein derley Commissional-Ansuchen, werden und dürfen solche Vorschuß-Aushülfen nicht erfolgt werden. Es muß jedoch von einem jeden solchen Falle dem vorgesetzten General-Commando gleich an der Stelle die Anzeige erstattet werden. — In den italienischen, in den deutschen Provinzen und in Galizien hat aber selbst die vorangeführte Ausnahme nicht Statt zu finden.

§. 868.

In wie weit ein Verbrecher gültige Verträge schließen könne, bestimmt das Strafgesetz über Verbrechen.

1) Das Strafgesetz (1. Th. §. 23) sagt: „Mit den Strafurtheilen, wodurch ein Verbrecher zur Todesstrafe, zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilt wird, sind kraft des Gesetzes noch folgende Wirkungen verbunden: a) — b) — c). Der Verbrecher kann von dem Tage des ihm angekündeten Urtheiles, und so lange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein verbindliches Geschäft schließen, noch einen letzten Willen errich-

ten. Seine vorigen Handlungen oder Anordnungen aber verlieren wegen der Strafe ihre Gültigkeit nicht."

2) Unter dem Ausdrucke „Tag" muß hier wohl der Zeitpunct des angekündeten Urtheiles verstanden werden, weil der juridische Straftag nicht mit dem Beginnen des physichen Tages des kundgemachten Urtheiles, sondern von jenem Momente dieses Tages anfängt, in welchen das Ende der Kundmachung des Strafurtheiles fällt [1]). Die Unfähigkeit dauert während der ganzen Strafzeit fort, und erreicht mit dieser ihr Ende, ohne Unterschied, ob die Strafzeit verlaufen oder dem Verbrecher im Wege der Gnade nachgesehen worden ist. — Ob der andere Theil von dem Strafurtheile eine Wissenschaft hatte oder nicht, darauf kann es nicht ankommen. — Nur frägt es sich hier, ob in dem Falle, als der zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe Verurtheilte, der während seiner Strafzeit ein solches Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, wegen neu aufgefundenen Beweismitteln seiner Unschuld, die Wiederaufnahme der Untersuchung verlanget, und in Folge derselben schuldlos gesprochen wird, dieses Rechtsgeschäft nicht aufrecht erhalten werden müsse? welche Frage, nach meiner Ueberzeugung, bejahend beantwortet werden muß; denn das in der Folge ausgesprochene Schuldlosigkeits-Erkenntniß muß alle Folgen des früher auf Schuld geschöpften Erkenntnisses aufheben. — Auch lautet ja der Text des Gesetzes: „Der Verbrecher kann vom Tage des ihm angekündeten Urtheiles, und so lange seine Strafzeit dauert, kein verbindliches Geschäft schließen." Da nun durch das geschöpfte Schuldlosigkeits-Erkenntniß offenbar wird, daß der zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilte Mensch kein Verbrecher ist, so kann diese Verurtheilung auch nicht die im §. 23 lit. c des 1. Th. des St. G. B. aufgeführte Wirkung hervorbringen.

3) Das Gesetz macht übrigens hier keinen Unterschied, ob durch das Geschäft nur dem Sträflinge, oder nur dem anderen Pasciscenten oder beyden Contrahenten zugleich eine Verbindlichkeit auferlegt werden soll. Hätte das Gesetz dem verurtheilten Verbrecher nur die Fähigkeit benehmen wollen, sich selbst

1) Siehe den Commentar des Herrn Professors Zenull. 2. Aufl. 1. B., S. 271.

eine Verbindlichkeit aufzulegen, so würde es dahin lauten, daß ein solcher Verbrecher kein für ihn verbindliches Geschäft abschließen könne. — Der Grund des Gesetzes ist wohl einleuchtend; denn ein zu einer solchen schweren Strafe verurtheilter Verbrecher ist keine Person, die so wie der Minderjährige, Wahnsinnige u. s. w. unter einem besonderen Schutze der Gesetze steht, er ist vielmehr eine Person, die sich unwürdig gemacht hat, mit anderen Staatsbürgern in unmittelbaren Verkehr zu treten; es muß daher auch, wenn der Sträfling Vermögen besitzt, welches durch die längere Fortdauer der Strafe einer Gefahr ausgesetzt seyn würde, ein Curator für selben aufgestellt werden (§. 279). Aus der Anordnung, daß ein solcher Sträfling kein verbindliches Rechtsgeschäft schließen könne, folgt aber nicht, daß er durch Verträge nichts erwerben könne; denn nirgends hat das Gesetz mit der Strafe des schweren oder schwersten Kerkers an und für sich auch die civilrechtliche Folge der Erwerbs-Unfähigkeit verfügt, vielmehr geht aus dem §. 768, welcher den Erblasser nur berechtiget, seinem eines Verbrechens wegen zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurtheilten Notherben zu enterben, hervor, daß ein zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilter Verbrecher sowohl durch letzten Willen als auch ab intestato erben könne. Ist daher ein solcher Sträfling nicht überhaupt unfähig, Etwas zu erwerben, so steht auch kein Hinderniß entgegen, daß er durch Verfügung unter Lebenden ein Vermögen an sich bringe. — Da derselbe aber zur Erklärung der Annahme eines Versprechens nach der oben citirten Gesetzesstelle unfähig erklärt ist, so müßte ihn in einem solchen Falle gleichfalls ein Curator aufgestellt werden, der in seinem Nahmen sich zur Annahme erklärt.

4) Der Tod des Thäters, dieser mag vor oder nach eingeleiteter Untersuchung, vor oder nach geschöpften Urtheile erfolgen, hebt zwar die Verfolgung des Verbrechens, und die Anwendung der Strafe auf, jedoch hat das bereits angekündete Urtheil in Ansehung der verlornen freyen Verfügung über das Vermögen seine Wirkung [1]).

1) §. 202 des St. G. B., 1. Th.

5) So weit ein wider einen Abwesenden oder Flüchtigen auf Bestrafung gefälltes Urtheil den Verlust des Adels verhängt, und so weit aus demselben die in dem §. 23 erwähnten allgemeinen Wirkungen (worunter die Nr. 1 erwähnte begriffen ist,) entstehen, muß es auch bey fortdauernder Abwesenheit des Verurtheilten in Erfüllung gebracht werden. Geräth der Flüchtige nach der Hand in Verhaft, so ist, ungeachtet des vorher auf sein Ausbleiben ergangenen Urtheiles, dennoch das ordentliche Verfahren bey demjenigen Criminal-Gerichte, welches ehedem die Edicte ausgefertiget hat, aufzunehmen, und ein neues Urtheil darüber zu schöpfen [1]). Aus der Anordnung dieser Gesetzesstelle, daß die im §. 23 des St. G. B. verhängten nachtheiligen Wirkungen bey fortdauernder Abwesenheit des Verurtheilten in Erfüllung gebracht werden müssen, und daß der Beschuldigte, wenn er zu Verhaft gebracht wird, dem ordentlichen rechtlichen Verfahren unterzogen wird, glaube ich die Folgerung ziehen zu dürfen, daß er während des Untersuchungs-Verhaftes fähig sey, ein verbindliches Geschäft zu schließen.

§. 869.

2) Wahre Einwilligung.

Die Einwilligung in einen Vertrag muß frey, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich, ganz unbestimmt, oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen Andern zu bevortheilen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.

1) Personen, welche die psychologische und rechtliche Fähigkeit, ihren Willen zu erklären, besitzen (§§. 865 u. 868), müssen, um einen gültigen Vertrag zu gründen, auch eine wahre

1) Ebenda §. 499.

(nicht bloß scheinbare) gültige Einwilligung abgegeben haben (§ 861).

2) Vor Allem muß die Einwilligung frey seyn. Dieser Satz ist jedoch nur dahin zu verstehen, daß der andere vertragschließende Theil diese Freyheit nicht widerrechtlich stören dürfe; denn auch ein durch psychologischen Zwang hervorgebrachter Wille ist doch immer ein wahrer Wille, und nur Willens-Uebereinstimmung gehört zur Wesenheit eines Vertrages. Wenn also die Freyheit der Einwilligung von Seite des vertragschließenden Theiles selbst weder mittelbar noch unmittelbar gestöret wird, so ist die Einwilligung immer gültig (§§. 870 u. 875).

3) Die Einwilligung muß ferners ernstlich seyn, d. i. es muß die Erklärung, welche durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen geschieht (§. 863), ganz mit dem inneren Willen des Paściscenten übereinstimmen. Da nun der Wille als ein bloß im Gemüthe des Menschen vor sich gehender innerer Act äußerlich nur durch die Erklärung selbst wahrnehmbar wird, so frägt es sich hier, wie auf was Weise zu erkennen möglich sey, daß der im Gemüthe des Menschen vorgehende Act des Willens mit der äußerlichen Erklärung nicht übereinstimme? — Diese Erkenntniß wird nun gleichfalls wieder durch solche Handlungen oder Aeußerungen möglich gemacht, welche entweder wahrnehmen lassen, daß die geäußerte Einwilligung nur im Scherze gemeint sey, oder die mit der gegebenen Einwilligung ganz oder zum Theile im Widerspruche stehen, woraus man daher zu schließen im Stande ist, daß selbe so, wie sie abgegeben worden sind, nicht gemeint seyn konnten.

4) Die Einwilligung muß ferner bestimmt seyn, d. i. sie muß den Gegenstand, den sie betrifft, genau bezeichnen, und darf nicht der beliebigen Ausdeutung der vertragmachenden Theile überlassen seyn. Von der Art sind, wie v. Zeiller bemerkt, allgemeine Versicherungen der Dienstfertigkeit, oder Verheißungen ganz unbegränzter Gattungen von Gegenständen, wie eine Sache überhaupt, ein Thier, ein Stück Geldes, Getreide, Wein, Holz zu geben, ohne Bestimmung einer Qualität oder Quantität (§. 936). Indessen darf man nicht jeden Mangel

an der genauen ausdrücklichen Bezeichnung als eine so unbestimmte Einwilligung ansehen, welche der gültigen Errichtung eines Vertrages entgegen stünde, sondern es müssen die möglichen genaueren Bestimmungen der Willens-Erklärungen theils aus den sie begleitenden Umständen, theils aus den gesetzlichen Vermuthungen, welche insbesondere in der Lehre von den Vermächtnissen aufgestellt sind, entnommen werden.

5) Es ist aber nicht nur allein nothwendig, daß der Gegenstand des Vertrages überhaupt genau bestimmt werde, sondern beyde Theile müssen auch in dieser Hinsicht vollkommen übereinstimmen; sind die Erklärungen der Parteyen auf ganz verschiedene Gegenstände oder Bestimmungen gerichtet, so entsteht aus Mangel des Willen-Vereines kein Vertrag.

6) Die Parteyen müssen ihren Willen durch Worte oder andere Zeichen deutlich an Tag legen; denn damit eine Willens-Uebereinstimmung zu Stande komme, ist ja nothwendig, daß jede vertragschließende Partey genau wisse, was die andere will. Ist daher die Erklärung einer Partey unverständlich, d. i. von der Art, daß aus derselben ihre Willens-Meinung nicht entnommen werden kann, so ist keine Willens-Vereinigung, folglich auch kein Vertrag erkennbar. Stehen ganz unverständliche Stellen eines Vertrages mit den verständlichen in einem wesentlichen Zusammenhange, so kann, wie v. Zeiller bemerkt, der Vertrag überhaupt von keiner rechtlichen Wirkung seyn.

7) Wird Jemand durch ein verstelltes Versprechen oder geflissentlich gewählte undeutliche Ausdrücke, ohne sein Verschulden, übervortheilet, so ist er berechtiget, Genugthuung zu fordern (§. 1323). Wird ein Geschäft von beyden Theilen nur zum Scheine verabredet, so tritt die unten (§. 916) ertheilte Vorschrift in Anwendung.

§. 870.

Wer von dem annehmenden Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden. Ob die Furcht gegründet war, muß von

dem Richter aus den Umständen beurtheilet werden (§. 55).

1) Der höchste Gesetzgeber ging bey Erlaß dieser Anordnung von dem Gesichtspuncte aus, daß Unrecht kein Recht erzeugen könne, und daß derjenige, welcher von Jemanden eine Leistung erpresset, oder ihn zu einen Versprechen widerrechtlich gezwungen hat, und auf der Erfüllung besteht, ungeachtet der scheinbaren Einwilligung des letzteren, nur sein Unrecht, den Eigenthümer in seiner freywilligen Verfügung zu kränken, noch immer fortsetze.

2) Es ist hier nicht die Rede von einem mechanischen, sondern nur von dem psychologischen Zwange; denn durch physische Zwangsmittel kann kein Wille in dem Anderen erzeugt werden, sondern nur durch die in demselben hervorgebrachte Vorstellung eines für den Fall des Nicht-Versprechens zu erwartenden sinnlichen Uebels, wodurch derselbe in die Alternative gesetzt wird, entweder das Versprechen zu machen, oder das angedrohte Uebel zu leiden.

3) Damit jedoch ein Vertrag wegen dieses psychologischen Zwanges für ungültig erklärt werden könne, fordert der gegenwärtige §., daß die Furcht wegen des zu befahrenden Uebels gegründet sey. — Das angedrohte Uebel kann nun entweder schon zu vollziehen begonnen worden, oder die Vollziehung desselben ganz in die Zukunft gestellt seyn. — Ist dasselbe zu vollziehen angefangen worden, wurde z. B. der versprechende Theil, weil er das Versprechen nicht machen wollte, bereits mißhandelt, so kann wohl die Frage, ob die Furcht gegründet war, nicht mehr im Ernste aufgeworfen werden, sie ist vielmehr durch die bereits vor sich gegangene That außer Zweifel gesetzt. Ist aber das Uebel ganz in die Zukunft gestellt, dann unterliegt die Beantwortung dieser Frage größeren Schwierigkeiten. Es müssen hierbey sowohl die Verhältnisse des Drohenden, als die des Bedrohten bey jedem einzelnen Falle in genaue Erwägung genommen werden. Von Seite des Bedrohenden ist in Betrach-

tung zu ziehen, ob es in seiner Macht stand, das angedrohte Uebel in Vollzug zu setzen, und dann ob die Drohung auch wirklich sein wahrer Wille war, oder wenigstens als solcher angesehen werden konnte. Wird dargethan, daß der Drohende die Verhängung dieses Uebels wirklich in seiner Macht habe, und daß auch gegen seinen ernstlichen Willen dasselbe in Vollzug zu setzen, theils aus dem Inhalte seiner Aeußerung, theils aus seinem bekannten Charakter keine Gründe hervorgehohlt werden können, so ist die Furcht des anderen Theiles zugleich objectiv begründet, und es kömmt dann auf die individuellen Verhältnisse des Bedrohten nicht mehr an. — Allein in dem Falle als diese objectiven Gründe nicht vorhanden sind, indem nähmlich sich offenbaret, daß es gar nicht in der Macht des Drohenden lag, seine Drohung in Ausführung zu bringen, oder daß Gründe vorhanden seyen, anzunehmen, es sey demselben mit der Drohung nie Ernst gewesen, müssen die subjectiven Verhältnisse des Bedrohten in Erwägung gezogen werden, ob er nähmlich auch wirklich wußte, daß des Anderen Macht nicht dahin reiche, oder ob die Gründe, die gegen die Ernstlichkeit seiner Willens-Aeußerung streiten, auch demselben einleuchteten. Daß es hier sehr viel auf die Kenntnisse des Bedrohten, und auf seine körperliche und Gemüths-Beschaffenheit ankomme, liegt am Tage.

4) Nebstdem, daß die Furcht gegründet seyn muß, ist es auch nothwendig, daß sie ungerecht sey, d. h. der Drohende darf kein Recht haben, das angedrohte Uebel in Vollzug zu setzen. Wenn z. B. A den B bedrohet, ihn wegen eines ihm gegebenen Darlehens gerichtlich zu belangen, und die Execution auf seine Haus-Einrichtungsstücke zu führen, wenn sich letzterer nicht verbindlich mache, monathliche Abschlags-Zahlungen zu leisten, und B zur Vermeidung dieses sein Ansehen und sein Ehrgefühl kränkenden Verfahrens sich herbeyläßt, dem A diese Zahlungen zuzusichern, so würde sich der B fruchtlos auf diesen ihn angethanenen psychologischen Zwang berufen, um seinen übernommenen Verpflichtungen zu entgehen, ja selbst in dem Falle, als das angedrohte Uebel mit dem Versprechen in gar kei-

nem Zusammenhange stehet, müßte dasselbe aufrecht erhalten werden. Dieses wäre z. B. der Fall: wenn A gegen den B ein bereits rechtskräftiges Urtheil in Händen hätte, zu Folge welchem ihm dieser letztere eine bestimmte Summe Geldes zu zahlen verpflichtet ist, — A diesen Umstand benützen und den B angehen würde, daß er ihm sein Haus verkaufen solle, widrigens dessen er entschlossen sey, die Pfändung auf sein Mobilar-Vermögen zu führen; auch hier wäre der B nicht berechtiget, gegen den eingegangenen Kaufscontract die Einwendung der in ihm erregten Furcht entgegen zu setzen. Wenn dagegen z. B. eine feile Dirne von einem im guten Rufe stehenden Manne, der vielleicht noch überdieß Familien-Vater ist, eine Geld-Unterstützung unter der Drohung forderte, gegen ihn eine Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und auf Sustentation ihres unehelichen Kindes anzustrengen, so könnte jener in der Folge, wenn er sich dadurch zur Zusicherung einer fortwährenden Unterstützung hätte bewegen lassen, und seine Unschuld darzuthun im Stande wäre, allerdings mit der Einwendung der Furcht sich von der Erfüllung seiner Zusage befreyen, obschon er voraussehen mußte, daß die gegen ihn anzustrengende Klage seine Verurtheilung nicht nach sich ziehen könne. — Allein sein guter Ruf erscheint auf alle Fälle dadurch gefährdet, und sein häuslicher Friede der Gefahr einer Störung preisgegeben; auch erscheint hier die Drohung ungerecht, weil kein Mensch befugt ist, von dem anderen einen unwahren Thatumstand zu erzählen, der diesen in den Augen seiner Mitbürger herabsetzen, und ihm nach Umständen sogar als eine schwere Polizey-Uebertretung angerechnet werden könnte.

§. 871.

Wenn ein Theil von dem anderen Theile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden; so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit.

1) Der Wahrheit und Ernstlichkeit der Willens-Aeußerung (§. 869) steht vorzüglich der Irrthum entgegen, da er in einer falschen Vorstellung bestehet, und der wahre innere Wille daher bey selbem auf Etwas anderes gerichtet ist, als äußerlich ausgesprochen wird. Diese falsche Vorstellung kann nun entweder den eigentlichen Gegenstand des Vertrages selbst oder bloße Eigenschaften und andere Bestimmungen des Gegenstandes, oder die Beweggründe zum Vertrage, oder die Person, mit welcher der Vertrag geschlossen wird, betreffen. — In dem gegenwärtigen und den nachfolgenden §§. wird von diesen verschiedenen Gattungen des Irrthums gehandelt, und die rechtlichen Wirkungen desselben bestimmt. — Uebrigens setzt der gegenwärtige §. voraus, daß der Irrthum von dem anderen Pascisccnten selbst hervorgebracht worden sey. — Was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Irrthum von einem Dritten herrühret, oder in dem Verschulden des versprechenden Theiles selbst liegt, ist in den §§. 875 u. 876 ausgesprochen.

2) Nach der hier erwähnten Voraussetzung ist der Vertrag ungültig, wenn der Irrthum die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden, betrifft. — Unter einer wesentlichen Beschaffenheit einer Sache im strengen Sinne des Wortes wird aber eine solche Eigenschaft verstanden, bey deren Mangel die Sache aufhört, das zu seyn, was sie eigentlich war, und in diesem Sinne würden beyde oben angeführten Bestimmungen in Eines zusammen fallen, und der Nachsatz: „worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden," würde ganz überflüssig seyn, da es sich wohl von selbst versteht, daß die Absicht vorzüglich darauf gerichtet sey, daß dem Gegenstande keine Eigenschaft mangle, welche zur Wesenheit desselben gehört. — Ich glaube daher nicht zu irren, wenn ich dem gegenwärtigen §. folgenden Sinn unterlege: „Wenn ein Theil von dem anderen Theile durch falsche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache selbst, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben, oder auch eine außerwesentliche Eigen-

schaft der Sache betrifft, worauf jedoch die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden, und daher dadurch einer wesentlichen Beschaffenheit gleich gestellt wird, so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit." Die Richtigkeit dieser erläuternden Umschreibung des gegenwärtigen §. ergibt sich ferners noch aus der Textirung des §. 18, 3. Th. 1. Hauptst. des westgalizischen Gesetzbuches, der dem gegenwärtigen §. offenbar zum Grunde liegt, und aus dem Inhalte des nächstfolgenden §. 872 selbst. Ersterer lautet: „Betrifft aber der Irrthum nicht die Hauptsache, auch nicht einmahl eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, z. B. das Maß, die Zahl, das Gewicht, den größeren oder geringeren Werth der Sache, so bleibt der Vertrag, in so fern beyde Theile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig." Es ist also daraus ersichtlich, daß hier von einem Nebenumstande die Rede sey, der als vorzügliche Absicht erklärt wird. Ganz in Uebereinstimmung mit diesem sagt der folgende §.: „Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, so bleibt der Vertrag, in so fern beyde Theile in den Hauptgegenstand gewilliget, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig."

3) Daß daher für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entstehe, wenn der Irrthum den Gegenstand selbst, oder eine wesentliche Beschaffenheit desselben betrifft, wenn auch dieselbe als vorzügliche Absicht nicht erklärt worden, ist aus dem Vorhergesagten klar geworden; da nun aber bey jeder Sache drey Eigenschaften unterschieden zu werden pflegen, nähmlich: wesentliche, natürliche und zufällige, so frägt es sich, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Irrthum eine natürliche Eigenschaft der Sache betrifft, ohne daß hierauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden ist? — Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Frage ergibt sich daraus, daß in den vorne angeführten Gesetzesstellen nur von wesentlichen

Eigenschaften einer Sache, und von Nebenumständen die Rede ist, — die natürlichen Eigenschaften aber, welche zwischen diesen beyden in der Mitte liegen, dabey übergangen sind. Es muß daher entweder der Ausdruck „wesentlich" in dem gegenwärtigen und folgenden §. dahin ausgedehnt werden, daß hierunter auch die natürlichen Eigenschaften einer Sache verstanden werden, oder man muß die natürlichen Eigenschaften einer Sache für bloße Nebenumstände ansehen. — Es scheint nun aber, daß unter dem Ausdrucke „wesentliche Beschaffenheit" auch die natürlichen Eigenschaften einer Sache, d. h. solche verstanden werden müssen, welche gewöhnlich mit dieser Sache verbunden sind, und daher bey selber vorausgesetzt zu werden pflegen. — Die Gründe für diese Meinung bestehen im Folgenden:

a. Schon aus dem Ausdrucke des gegenwärtigen §.: „Wenn der Irrthum die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft," noch mehr aber die Textirung des §. 13 des 1. Hauptst., 3. Th. des Gesetzbuches für West-Galizien des Inhalts: „Betrifft aber der Irrthum nicht die Hauptsache, auch nicht einmahl eine wesentliche Beschaffenheit derselben," deuten darauf hin, daß die Worte „wesentliche Beschaffenheit" in einem ausgedehnteren Sinne genommen werden müssen, weil eine wesentliche Beschaffenheit der Sache im engeren Sinne des Wortes auch immer die Hauptsache selbst betrifft, wo doch das Gesetz offenbar die wesentliche Beschaffenheit von dem Wesen der Sache selbst unterscheidet.

b. Die Beyspiele, welche das Gesetzbuch für West-Galizien zur Erläuterung des Begriffes von Nebenumstand aufführet, sind von der Art, daß keines aus denselben unter die natürlichen Eigenschaften einer Sache gerechnet werden kann; denn das Maß, die Zahl, das Gewicht und der größere oder geringere Werth einer Sache sind doch offenbar nur unter die zufälligen Eigenschaften einer Sache zu subsummiren, und es ist daher mit größter Verläßlichkeit anzunehmen, daß die natürlichen Eigenschaften einer Sache nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers unter der Benennung „Nebenumstände" nicht begriffen seyn sollen.

4) Fasset man das Resultat dieser Erläuterung in ein Kurzes zusammen, so ergeben sich folgende Bemerkungen: „Der Irrthum, welcher von einem vertragschließenden Theile dem anderen beygebracht worden ist, macht den Vertrag ungültig, wenn er die Hauptsache selbst, oder eine wesentliche, oder natürliche, oder solche zufällige Eigenschaft betrifft, welche als vorzügliche Absicht erklärt worden ist." Ein Beyspiel soll das Gesagte deutlich machen.

A verkauft dem B eine Sache unter dem Vorgeben, sie sey eine Sackuhr. Diese Sache habe auch die äußere Form einer solchen, z. B. einer Springuhr; — bey der Eröffnung derselben ergibt sich aber, daß sich statt der Uhr ein Gemählde oder Schnitzwerk darin befinde; hier betrifft der Irrthum die Hauptsache selbst, und der irregeführte B wäre sohin nicht schuldig, den abgeschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen.

Setzen wir aber den Fall: Die von dem A an B veräußerte Sache sey eine Sackuhr, d. h. sie habe nicht nur die äußere Form, sondern auch die innerliche Einrichtung einer solchen; nur mangeln darin ein Paar zum Uhrwerke gehörige Räder. Hier mangelt eine wesentliche Beschaffenheit an der Uhr, und der von dem A irregeführte B wäre daher gleichfalls von der verabredeten Verbindlichkeit frey.

Nehmen wir aber an, die Uhr besitze ein vollständiges Räderwerk, sie sey aber nach ihrer Einrichtung nur fähig, die Stunden anzuzeigen, nicht aber die Minuten, in diesem Falle hat selbe alle wesentlichen Bestandtheile einer Uhr, weil selbe dadurch, daß sie nur die Stunden, und nicht auch die Minuten anzeiget, nicht aufhört, das zu seyn, was sie seyn soll, nähmlich ein Instrument, das dazu dienen soll, die Tagzeiten anzuzeigen; allein da alle Sackuhren gewöhnlich so eingerichtet sind, daß sie auch die Minuten andeuten, so mangelt derselben hier eine natürliche Eigenschaft, und der von dem A irregeführte B wäre daher nach den oben angeführten Grundsätzen gleichfalls zur Zuhaltung des Kaufvertrages nicht verbunden.

Ganz ein Anderes wäre es, wenn die Uhr nach der dem B beygebrachten Vorstellung auch die Sekunden andeuten solle;

welche Eigenschaft ihr aber mangelt. — Dieser Mangel trifft eine bloß zufällige Beschaffenheit, einen Nebenumstand; der Vertrag ist daher der Regel nach gültig, ausgenommen, der B hätte sich ausdrücklich erkläret, daß er nur eine solche Sackuhr haben wolle, welche auch die Sekunden anzeiget.

§. 872.

Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, in so fern beyde Theile in den Hauptgegenstand gewilliget, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrthumes die angemessene Vergütung zu leisten.

1) Der Irrthum heißt nun nach den vorangeschickten Erörterungen ein Nebenirrthum, wenn er bloß zufällige Eigenschaften und Bestimmungen betrifft. — Hier erhält der Promissär den Gegenstand sammt allen wesentlichen und natürlichen Eigenschaften, welche immer stillschweigend bedungen anzusehen sind (§. 871 Nr. 3, dann §. 923), nur mangeln demselben Bestimmungen, die der Promittent dem Gegenstande ausdrücklich beygelegt oder beyzulegen veranlaßt hat. Der Nebenirrthum bezieht sich hauptsächlich, wie v. Zeiller bemerkt, auf Zahl, Maß oder Gewicht, auf Feinheit, Güte der Materie und das Zugehör, oder auf den Ort und die Zeit der Erfüllung.

2) Mit dem Nebenirrthume besteht noch immer Einheit des Willens in der Hauptsache, folglich Einwilligung und der Vertrag. Wer einen Haufen Getreide kauft, in der Meinung derselbe enthalte Ein Hundert Metzen, würde denselben gewiß auch dann gekauft haben, wenn er gewußt hätte, daß er nur siebenzig enthalte; wer überhaupt eine Sackuhr zu kaufen sucht, hat seinen Zweck erfüllt, wenn er eine solche erhält, gesetzt auch, daß die von dem Promittenten derselben beygelegte Eigenschaft,

daß sie auch den Monathstag zeige, unwahr wäre. — Ein solcher Nebenirrthum nimmt bloß auf die Quantität des bedungenen Entgeldes Einfluß, und nur in dieser Beziehung mangelt die Uebereinstimmung des Willens. Es würde nähmlich im vorliegenden Falle der Käufer des Getreides oder der Uhr sich zu keinen so hohen Kaufschilling eingelassen haben, wenn er gewußt hätte, daß der Haufe Getreide nur siebenzig Metzen enthalte, und die Uhr nur die Stunden und Minuten anzeige. Daher erklärt das Gesetz, daß der Vertrag zwar bestehe, aber dem Irregeführten die angemessene Vergütung zu leisten sey.

3) Ein Irrthum in dem Titel der Erwerbung schadet nur in so weit, als es an der Willens-Vereinigung mangelt. Wer eine ihm zu leihen angebothene Sache für ein Geschenk hält, kann sich selbe nicht zueignen. — Wer aber eine geschenkte Summe Geldes als ein Darleihen übernahm, kann sie nach entdecktem Irrthume unwiderruflich behalten. Ob ein Irrthum im Beweggrunde den Vertrag entkräfte, kömmt weiter unten vor.

4) Wird von dem Promissär ausdrücklich erklärt, daß seine Absicht sey, die Sache nur mit dieser zufälligen Eigenschaft versehen an sich zu bringen, dann geht der Nebenirrthum in einen Hauptirrthum über, und es ist sonach jeder Vertrag ungültig, wenn der Irrthum einen Nebenumstand betrifft, welcher jedoch als vorzüglicher Zweck erklärt worden ist.

§. 873.

Eben diese Grundsätze sind auch auf den Irrthum und die Person desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; in so fern ohne dem Irrthum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre.

1) Man muß nach der gegenwärtigen Vorschrift den Irrthum in der Person selbst, von dem Irrthume in wesentlichen und natürlichen Eigenschaften derselben, — dann von dem Irrthume in zufälligen Beschaffenheiten unterscheiden. — Ein Irr-

thum in der Person selbst geht vor sich, wenn Jemand einen Vertrag mit einer bestimmten Person zu schließen glaubt, und ihn in der That mit einer anderen Person schließt. Daß dieser Irrthum in der Person bey dem Ehevertrage ein Haupt-irrthum sey, fällt in die Begriffe; und es ist von diesem Irrthum bereits in dem §. 57 gehandelt worden.

2) Nicht so verhält sich die Sache bey allen andern Verträgen. — Derjenige, der z. B. als Käufer einen Kaufvertrag schließt, hat der Regel nach nur den Kaufgegenstand und keineswegs die Person vor Augen, mit der er den Vertrag abschließt. Er will die Sache erwerben, und es ist ihm gleichgültig, wer derjenige sey, der ihm die Sache überläßt. — Ein Irrthum in der Person ist daher im vorliegenden Falle von keinem Gewichte. Indessen können doch auch bey andern Verträgen, als dem Ehevertrage, Verhältnisse eintreten, wo dem einen Contrahenten die Person des anderen Contrahenten nicht gleichgültig ist, — und wo daher ein Irrthum in der Person gleichfalls als ein Hauptirrthum angesehen werden muß, welches nähmlich dann der Fall ist, wenn der irrende Contrahent den Vertrag gar nicht, oder wenigstens nicht auf solche Art abgeschlossen haben würde, wenn der Irrthum dabey nicht unterlaufen wäre. Wenn aber dieses behauptet werden könne, hierüber lassen sich nur wenige allgemeine Regeln festsetzen; es muß vielmehr die Beantwortung dieser Frage von Fall zu Fall aus dem besonderen, bey Schließung des Vertrages vorkommenden Umständen hergehohlet werden. — Indessen können folgende Regeln als Leitfaden bey der Beurtheilung einzelner Fälle dienen.

3) Bey allen Verträgen, welche, wie der Ehevertrag, persönliche Rechte und Verbindlichkeiten begründen, die daher auch deßhalb bey dem Personen-Rechte abgehandelt wurden, oder von denen wenigstens daselbst Erwähnung geschah, muß man annehmen, daß der versprechende Theil dabey die Person des Annehmers und respectiven Contrahenten vor Augen hatte. — Dieses ist z. B. ungezweifelt der Fall bey dem Adoptions-Vertrage (§. 182), und der Regel nach auch bey dem, welcher we-

gen Uebernahme eines Kindes in die Pflege abgeschlossen wird (§. 186).

4) Eben so muß auch bey unentgeldlichen Verträgen im Allgemeinen vorausgesetzt werden, daß dabey die Person des Annehmers berücksichtiget wurde. — Es ist nicht anzunehmen, daß der Promittent jeder Person ohne Unterschied das leisten oder geben würde, was er einer bestimmten Person — ohne sich dafür einer Gegenleistung zu bedingen, — zugesagt hat. — Der Versprecher nimmt hier auf die Person, — oder deren Eigenschaften, — oder deren besondere Verhältnisse Rücksicht. — Wenn daher A dem B eine Schenkung macht, in der Meinung, daß es der C sey, so ist selbe ungültig, vorausgesetzt, daß dieser Irrthum in dem Verschulden des B seinen Grund hat.

5) Was hier von unentgeldlichen Verträgen gesagt worden ist, gilt auch von gemischten (§. 864 Nr. 6); denn gemischte Verträge sind zum Theile unentgeldliche, und es ist daher auch bey ihnen anzunehmen, daß der Promittent in dieser Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse des Promissärs Rücksicht genommen habe.

6) Bey entgeldlichen Verträgen, welche nicht in das Gebieth des Personen-, sondern in das des Sachenrechtes gehören, kömmt es vorzüglich darauf an, ob die Gegenleistung in Handlungen oder Sachen bestehe. — Besteht selbe in Handlungen, so wird der Regel nach gleichfalls die Person des Mitcontrahenten in Betrachtung gezogen. Setzen wir den Fall: A schließe mit dem B, den er für den berühmten Porträtmahler C hält, während B ein gemeiner Mahler ist, einen Contract, in welchem sich letzterer verbindlich macht, den A zu porträtiren; und habe sich in dieser irrigen Voraussetzung zu einem ungewöhnlich hohen Honorar herbeygelassen. — Hätte A gewußt, daß B nur ein gemeiner Mahler, und nicht der C sey, so hätte er den Vertrag entweder gar nicht geschlossen, oder er hätte sich doch wenigstens zu den ausgesprochenen Lohn nicht herbeygelassen.

7) Besteht hingegen die Gegenleistung in Sachen, so ist der Regel nach wohl anzunehmen, daß auf die Person des Contrahenten keine Rücksicht genommen worden sey. — Ausnahmen

von dieser Regel, deren es allerdings geben kann, müssen strenge nachgewiesen werden.

8) Was hier von der Person des Contrahenten gesagt worden ist, gilt auch von den Eigenschaften derselben. Ein Irrthum in den Eigenschaften der Person macht den Vertrag ungültig; in so fern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre. — Oefters zieht der Irrthum in einer Eigenschaft der Person, wie bereits §. 57 Nr. 2 bemerkt worden ist, zugleich einen Irrthum in der Person selbst nach sich, wo es dann eben so viel ist, als wenn der Irrthum unmittelbar in der Person selbst vor sich gegangen wäre. — Z. B. Ich weiß, daß aus zweyen Brüdern einer Doctor der Medicin, der andere dagegen bloß Chirurg ist. — Nun wird mir der letztere mit der falschen Vorgabe, er sey Doctor, vorgestellt. — Dadurch nun, daß diesem die berührte falsche Eigenschaft beygelegt worden ist, halte ich ihn für seinen Bruder. Bey Eigenschaften einer Person, welche zur Wesenheit derselben, d. i. zur Bezeichnung ihrer Individualität nicht gehören, hat ein Irrthum nur dann auf die Gültigkeit des Vertrages Einfluß, wenn die Absicht vorzüglich auf diese Eigenschaft gerichtet ist, welches entweder aus der Natur des geschlossenen Vertrages oder daraus erhellt, daß sie ausdrücklich erklärt wird. Denn in diesem Falle würde der Vertrag ohne den Irrthum gar nicht errichtet worden seyn. — Ein Herrschafts-Inhaber, welcher die Justiz nicht selbst verwalten kann, oder will, nimmt z. B. einen Beamten zu dem Zwecke auf, daß er die Justizgeschäfte besorge. Nun entdeckt sich, daß der aufgenommene Justizbeamte für das Richteramt nicht geprüft sey. — Hier betrifft der Irrthum keine wesentliche Eigenschaft der Person; allein die Absicht des Herrschafts-Inhabers war offenbar dahin gerichtet, ein Individuum in seine Dienste zu nehmen, welches an seiner Statt die Verwaltung der Justiz besorgen soll, was aus Mangel dieser Eigenschaft nicht geschehen kann. — Hätte der Herrschafts-Inhaber dieses gewußt, so würde er gewiß den Dienstesvertrag mit der gedachten Person nicht abgeschlossen, sondern eine andere Person, welche mit dem Wahlfähigkeits-

Decrete versehen ist, dazu erwählt haben. — Setzen wir aber den Fall in einer anderen Gestalt. Ein Herrschafts-Besitzer, welcher die Justiz immer selbst verwaltete, nimmt einen Beamten, von den er glaubt, daß er für das Richteramt geprüft sey, lediglich als Schreiber in seine Dienste auf, in der Meinung (welche er jedoch nicht ausdrücklich erklärte), daß er sich desselben in eigenem Verhinderungsfalle zur Suplirung bey Verwaltung der Justiz bedienen könne, und nicht mehr nöthig habe, wie bisher geschehen, den Verwalter einer benachbarten Herrschaft hierzu zu delegiren. Hier betrifft der Irrthum weder die Person selbst, noch eine wesentliche Eigenschaft derselben, sondern einen bloßen Nebenumstand, auf welchen die Absicht nicht vorzüglich gerichtet oder erklärt worden ist, daher hat dieser Irrthum auf die Gültigkeit des Vertrages selbst keinen Einfluß. — Es ist zwar möglich, daß der Herrschafts-Besitzer, wenn er gewußt hätte, daß die Vorgabe des Beamten, er sey für das Richteramt geprüft, nicht richtig sey, — den Dienstesvertrag mit einem anderen, mit der hier mangelnden Eigenschaft versehenen Individuum abgeschlossen haben würde, allein dieses leuchtet aus dem Inhalte dieses Vertrages nirgends hervor, und der Mitcontrahent konnte, da die Eigenschaft des Geprüftseyns nicht vorzüglich hervorgehoben worden ist, nicht wissen, daß die Absicht vorzüglich hierauf gerichtet sey.

§. 874.

In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirket hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten.

Dadurch, daß der Richter einen durch ungerechte Furcht, oder durch falsche Vorstellungen erwirkten Vertrag als unkräftig erkläret, wird der gezwungene oder irregeführte Theil selten in den vorigen Stand zurück versetzt. — Er leidet oft, wie v. Zeiller bemerkt, durch die Bedrohung an seiner Gesundheit oder durch die angewandte List an seinem Vermögen (z. B. durch

Versendung der Waare) wirklichen Schaden und Kosten, noch öfter aber einen Entgang des Gewinns, für welche vorsetzliche Beschädigung ihm, selbst wenn er den Vertrag bestehen lassen will, volle Genugthuung geleistet werden muß (§. 1324). Wer unvorsetzlich, aber doch durch Verschulden den Andern irre führt, haftet für die einfache Schadloshaltung (§. 1323). Wenn die vertragschließenden Theile sich wechselseitig hintergehen, so ist jeder Theil für den Schaden, den er angerichtet hat, verantwortlich.

§. 875.

Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen, oder durch falsche Angaben irre geführet worden; so ist der Vertrag gültig. Nur in dem Falle, daß der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm, oder dieselbe offenbar wissen mußte, ist er eben so nach den §§. 870 — 874 zu behandeln, als wenn er selbst den anderen Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte.

1) Nach den Vorschriften des römischen Rechtes ist es streitig, ob in diesem Falle das Versprechen gültig sey oder nicht [1]). Das französische Gesetzbuch aber sagt im Art. 1111: „Ein an demjenigen, der die Verbindlichkeit übernommen hat, ausgeübter Zwang bewirkt die Nichtigkeit auch dann, wenn nicht derjenige, zu dessen Vortheil der Vertrag geschlossen worden ist, sondern ein Dritter ihn angewendet hat;" und das preußische Landrecht im 1. Thl., 4. Tit., §. 42: „Erzwungene Willens-Erklärungen sind auch dann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem zu dessen

1) S. Glück Erläuterung §§. 293. u. 300.

Vortheile erreichen soll, sondern von einem Dritten verübt worden." Bey diesen sich widersprechenden Ansichten der neueren Gesetzgebungen ist es von Interesse, die Gründe zu kennen, welche den höchsten Gesetzgeber Oesterreichs bewogen haben, obige Bestimmungen festzusetzen. — Sie sind ohne Zweifel die nähmlichen, welche Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare aufgeführt hat, und die ich mir daher hier zu wiederhohlen erlaube. „Wer," heißt es dort, „seine Einwilligung auf eine so deutliche und unzweifelhafte Art geäußert hat, daß man allgemein, und daß insbesondere der Mitcontrahent die Erklärung für eine wirkliche Einwilligung halten mußte, der wird auch mit Recht darnach behandelt, und auf seine Entschuldigung, daß er anders gedacht habe, keine Rücksicht genommen." Zu diesem Grunde könnte man in Bezug auf die erzwungene Erklärung noch hinzufügen, daß die Wesenheit eines Vertrages in der beyderseitigen Willens-Uebereinstimmung bestehe, und daß sohin derselbe als perfect angesehen werden müsse, wenn diese Willens-Uebereinstimmung vorhanden ist. Was der versprechende Theil durch sein gemachtes Versprechen für einen Zweck erreichen wolle, darauf kann es der Regel nach gar nicht ankommen, indem der annehmende Theil gar nicht berechtiget ist, den Andern um die geheimen Triebfedern seiner Handlungen zu befragen.

Man könnte vielleicht gegen diese legislative Ansicht des österreichischen Gesetzbuches bemerken, daß dasselbe in Ansehung der Wirkung der Furcht und des Irrthums auf Willens-Erklärungen nicht immer von einem gleichen Principe ausgehe, da es a. bestimmt, daß der Wille des Erblassers, wenn er rechtliche Wirkungen hervorbringen soll, frey von allem Zwange erklärt werden müsse, wobey es keinen Unterschied macht, von welcher Seite dieser Zwang herrühre (§. 565); und da es b. ferners (§. 55 — 57) festsetzet, daß die Einwilligung ohne Rechtskraft sey, wenn sie durch eine gegründete Furcht erzwungen worden oder der Irrthum in der Person des künftigen Gatten vorgegangen ist. Es ist hier gleichfalls einerley, ob die Furcht oder der Irrthum von dem andern Mitcontrahenten selbst, oder von einem Dritten, mit oder ohne Wissen des ersteren herrühret.

Allein einseitige Willens-Erklärungen sind wesentlich von Verträgen unterschieden, und es rechtfertigt die Vernunft vollkommen, wenn der Gesetzgeber auch in Hinsicht der Wirkungen der eingejagten Furcht zwischen solchen einseitigen Willens-Erklärungen und Verträgen einen Unterschied festsetzet. — Was aber den Ehevertrag anbelangt, so geht der höchste Gesetzgeber hier von dem Principe aus, daß eine Ehe, welche sich nicht auf den freyen, ungezwungenen Willen beyder Theile gründet, für keinen Theil ein glückliches Loos gewähren könne. Bey Leistungen, welche Sachen zum Gegenstande haben, kann es wohl dem annehmenden Theile gleichgültig seyn, ob die Leistung des anderen Theiles gerne, oder wider Willen geschehe, — aber auf das eheliche Verhältniß, daß die innigste Vereinigung des Mannes mit einem Weibe zum Zwecke hat, wirken solche Nöthigungen für jeden Fall störend ein.

2) Allein sowohl aus den angeführten Gründen, als auch, wie v. Zeiller bemerkt, aus der gerechten Besorgniß eines listigen Einverständnisses (Collusion) ist es begreiflich, warum in dem Falle, als der annehmende Theil auf die widerrechtliche Handlung des Dritten Einfluß, oder auch nur Wissenschaft davon gehabt hat, die unfreywillige Zusage wegen der ungerechten Furcht oder eines wesentlichen Irrthums gänzlich (§§. 670 und 871), wegen eines unterlaufenen Nebenirrthums aber wenigstens zum Theil unkräftig werde.

§. 876.

Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte.

Die Anordnung des gegenwärtigen §. wird ganz aus demjenigen gerechtfertiget, was bereits in den nächst vorhergehenden zwey Paragraphen gesagt worden ist. Denn es springt

wohl in die Begriffe, daß, wenn ein von einem Dritten beygebrachter Irrthum der Gültigkeit des Vertrages nicht im Wege steht, um so weniger derjenige Irrthum einen Vertrag ungültig machen könne, an dem der versprechende Theil selbst und allein Schuld ist. — Nur wenn der Irrthum dem Promissär aus der Natur des Geschäftes, oder aus den besonderen Verhältnissen schon zur Zeit der Abschließung auffallen mußte, konnte er die erklärte Einwilligung für keine wahre Einwilligung halten, und daher auch kein Recht für sich ableiten. Als Beyspiel führt Herr Hofrath v. Zeiller an, wenn einem Straßenbettler aus auffallenden Versehen eine Goldmünze statt einer kupfernen geschenkt, oder eine Rechnung mit einem offenbaren Rechnungsverstoße abgeschlossen wird.

§. 877.

Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch Alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat.

Wenn das Gesetz will, daß diejenigen, welchen es an der Fähigkeit, eine rechtsgültige Einwilligung abzugeben, mangelt, oder bey denen die abgegebene Einwilligung als keine wahre und ernstliche angesehen werden kann, durch ihre abgegebene Erklärung keinen Schaden leiden sollen, — so geht dasselbe nicht so weit, daß es diesen Personen erlaubte, sich durch den Schaden der Mitcontrahenten zu bereichern. Darum verordnet es im gegenwärtigen §., daß derjenige, welcher aus den erwähnten Gründen die Nichtigerklärung des Vertrages bewirkt, dagegen auch die von dem Andern empfangenen Vortheile herausgeben müsse. — Er hat ja diese Vortheile nur unter dem Titel des Vertrages erhalten; ist nun dieser Titel nichtig erklärt, so ist für den Promissär kein Recht zur Behaltung dieser Vortheile vorhanden. Bey einer solchen Zurückversetzung in den vorigen Stand muß, wie v. Zeiller bemerkt, auf beyde Theile dasjenige angewendet werden, was von einem redlichen und unredlichen Besitzer gesagt worden ist.

§. 878.

3) Möglichkeit der Leistung.

Ueber Alles, was im Verkehre steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich und unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Wer einen Andern durch dergleichen Zusagen täuschet, wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt, oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich.

1) Das dritte Erforderniß eines gültigen Vertrages ist die Möglichkeit des Leistung der versprochenen Sachen oder Handlungen. Die Unmöglichkeit ist entweder eine physische oder eine sittliche. Die erste ist vorhanden, wenn die Leistung den Naturgesetzen widerstreitet; die letztere, wenn sie sich gegen die Gesetze, welche den Freyheits-Gebrauch des Menschen beherrschen, verstoßet. Diese Gesetze sind gleichfalls wieder zweyfach, nähmlich entweder Rechts- oder Tugendgesetze; und man unterscheidet daher bey der Unmöglichkeit der Leistung letzterer Art gleichfalls wieder zwischen der ethischen und rechtlichen Unmöglichkeit. Jede Art der Unmöglichkeit läßt sich ferner: a) als absolute (für jeden Menschen) und relative (bloß für eine bestimmte Person), b) als active (für den Promittenten) oder passive (für den Promissär) denken.

2) In Bezug auf die Möglichkeit der Leistung stellen schon die Naturrechts-Lehrer [1]) folgende Grundsätze auf, welche, da sie sich auf allgemein gültige, schon in der bloßen Vernunft gegründete Principien stützen, auch nach positivem österreichischen Rechte vollkommene Anwendbarkeit haben. A. Die active physische Unmöglichkeit der Leistung hindert die

1) Siehe das natürliche Privatrecht vom Herrn Reg. Rathe Ritter v. Egger, §. 102 — 106.

Gültigkeit eines Vertrages, sie mag absolut oder bloß relativ seyn. Ein Beyspiel einer absoluten derley Unmöglichkeit wäre, wenn sich ein Baumeister verbindlich machte, in einem Tage einen ordentlichen Pallast zu erbauen; einer relativen derley Unmöglichkeit, wenn Jemand, der nicht mahlen kann, versprechen würde, Jemanden zu porträtiren. B. Die active rechtliche Unmöglichkeit der Leistung hindert die Gültigkeit des Vertrages, sie mag eine absolute oder relative seyn. Ein Beyspiel einer solchen absoluten Unmöglichkeit wäre, wenn Jemand sich anheischig machte, eine Person zu ermorden; einer relativen solchen Unmöglichkeit aber, wenn Jemand eine Sache, die er bereits einem Andern verkauft hat, nun wieder einem Dritten ins Eigenthum abzutreten sich anheischig machte [1]). C. Die active ethische Unmöglichkeit der Leistung hindert ebenfalls die Gültigkeit des Vertrages, wenn sie eine absolute ist. Sie ist aber eine absolute, wenn die Leistung einer vollständig bestimmten, d. i. einer solchen Tugendpflicht widerstreiten würde, welche keine Ausnahme zuläßt. — Es kann kein Zweifel seyn, daß hierunter besonders jene Handlungen gehören, welche die Ehrbarkeit verletzen. — Nur macht es die Verschiedenheit der Begriffe der Menschen über das, was anständig und unanständig ist, nicht selten zweifelhaft, ob eine Handlung wirklich in die Cathegorie der die Ehrbarkeit verletzenden gehöre; und hierüber lassen sich auch aus eben diesem Grunde keine allgemeinen Bestimmungen geben. Dagegen hindert D. die active ethische Unmöglichkeit der Leistung, wenn sie eine bloß relative ist, die Gültigkeit des Vertrages nicht; denn hier handelt es sich um eine ethische Selbst- oder Nächstenpflicht des Promittenten, welche durch empirische Verhältnisse bedingt ist, die

1) Ist diesem die abgetretene Sache bereits übergeben worden, so ist er nach §. 430 Eigenthümer geworden, und diese Bemerkung hat daher auf ihn keine Anwendung mehr. Allerdings aber wäre sie in dem Falle zur Grundlage der Entscheidung zu legen, wenn dieser Dritte auf Erfüllung des Contractes klagen, und der Geklagte sich ausweisen würde, daß er die Sache bereits einem Andern verkauft habe.

der Promissär zu ignoriren, und das Urtheil des Promittenten, welches in dem unbedingten Versprechen liegt (daß der Leistung keine Hindernisse nach der Ethik im Wege stehen), für wahr zu halten um so mehr berechtiget ist, als er nicht Vormund des Promittenten ist. — Die entgegengesetzte Regel, nähmlich, daß die Einrede des Promittenten, die Leistung sey ihm *ethisch* unmöglich hinreiche, den Vertrag als Scheinvertrag darzustellen, würde allen gesicherten Erwerb der erwerblichen Sachen, folglich die äußere Freyheit in Rücksicht derselben, ohne eine aus der Idee derselben hervorgehende Nothwendigkeit äußerst beschränken, sohin rechtswidrig seyn [1]). Diese aus natürlichen Rechtsprincipien begründete Ansicht scheint der gegenwärtige §. durch die Worte zu bestätigen: „was *geradezu* unmöglich und unerlaubt ist." E. *Die passive Unmöglichkeit der Leistung, sie mag eine physische oder rechtliche, absolute oder relative seyn, hindert die Gültigkeit des Vertrages.* Die gewöhnlichsten Arten der passiven Unmöglichkeit hat indessen unser Gesetzbuch schon in den §§. 865 — 868 und 871 — 876 abgehandelt.

3) Unter die active rechtliche Unmöglichkeit der Leistung gehört insbesondere, wenn dieselbe den bürgerlichen Verbothsgesetzen widerstreitet; unter welche Gesetze offenbar auch die Strafgesetze gehören. Dagegen dürfen diejenigen Vorschriften nicht darunter begriffen werden, welche nur aushülfsweise für den Fall erlassen worden sind, wenn die Parteyen selbst nicht besondere Bestimmungen getroffen haben. — Auch gehören unter die rechtlich unmöglichen Handlungen Alle, welche der Sicherheit, öffentlichen Ordnung und den guten Sitten offenbar zuwider laufen (§. 26); oder die Sachen betreffen, welche durch das Gesetz dem allgemeinen oder dem Privat-Verkehre entzogen sind (§§. 311 u. 355).

4) Obschon aber Niemand zur Erfüllung des Unmöglichen angehalten werden kann, so folgt daraus doch nicht, wie schon v. Zeiller bemerkt, daß auch die Möglichkeit oder die Pflicht zum Ersatze wegfalle. — In Ansehung des Ersatzes ist vor Allem

1) Siehe v. Egger an a. O. §. 105.

der Grundsatz vor Augen zu halten, daß der Promittent aus den Schaden des anderen Theiles keinen Nutzen ziehen dürfe. Daraus folgt, daß er diesem alles dasjenige wieder ersetzen müsse, was er von ihm in Folge des Vertrages bereits erhalten hat. — Fällt dem Promittenten dabey lediglich ein Verschulden zur Last, so leistet er den einfachen Schaden-Ersatz; im Falle er aber dem Andern durch wissentlich falsche Angaben täuscht, volle Genugthuung (§. 1324). Dieses gilt auch von einem Dritten, der bey Abschließung des Vertrages intervenirte.

5) Wenn derjenige, welcher eine Handlung oder Leistung sich versprechen ließ, wußte, daß dieselbe dem Versprechenden unmöglich sey, so hat zwar der Vertrag selbst keine verbindliche Kraft; wenn jedoch der, welcher sich das Unmögliche versprechen ließ, dem Versprechenden in Rücksicht auf den Vertrag bereits Etwas gegeben oder geleistet hat, so hat er kein Recht, dasselbe zurück zu fordern (§. 1174). Daraus folgt aber nicht, daß der Promittent die versprochene, aber noch nicht in Vollzug gesetzte Gegenleistung zu fordern berechtiget sey.

6) Steht der Erfüllung des Vertrages ein Hinderniß entgegen, das gehoben werden kann, so ist der Vertrag nicht ungültig; jedoch kann nach der Natur der Sache die Erfüllung erst nach wirklich erfolgter Hebung des Hindernisses gefordert werden; weil vor derselben die Leistung unmöglich ist. Ist dazu eine gewisse Zeit bestimmt, so verliert, nach fruchtlosen Ablaufe derselben, der Vertrag von selbst seine Kraft; denn der Vertrag ist in einem solchen Falle eben so anzusehen, als ob er unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden wäre, und der Promittent sich zur Leistung unter der Bedingung anheischig gemacht hätte, wenn zur bestimmten Zeit der Erfüllung das Hinderniß behoben seyn wird. — Wer hat aber für die Hinwegräumung des Hindernisses zu sorgen? — Es wird hier vorausgesetzt, daß das Hinderniß bereits zur Zeit des geschlossenen Vertrages bestanden habe; was dann Rechtens sey, wenn dasselbe erst in der Folge entstanden ist, wird bey Erläuterung des §. 880 vorkommen. — Ist in dem Vertrage ausdrücklich hierüber Etwas bestimmt, so hat es ganz natürlich bey dieser

ausdrücklichen Bestimmung sein Bewenden. Hat sich aber kein Theil zur Hebung des Hindernisses besonders verpflichtet, so kömmt es darauf an, ob beyden Theilen, oder nur einem derselben, oder keinem aus ihnen das Hinderniß bekannt ist. Im ersten Falle wird man wieder unterscheiden müssen, ob das Hinderniß in der Person eines der Pascicenten, oder außerhalb derselben liege. Ruht es in der Person eines der vertragschließenden Theile, so liegt es wohl in der Natur der Sache, daß diese Person auch für die Hebung des Hindernisses besorgt seyn müsse. — Liegt das Hinderniß aber außerhalb der Person des Pascicenten, so muß wohl die Hebung desselben dem Promittenten obliegen; denn da er sich mit dem Bewußtseyn des Hindernisses zur Leistung verbindlich gemacht hat, hat er ja stillschweigend zu erkennen gegeben, daß er das Hinderniß zu entfernen besorgt seyn werde. — Dieses muß um so mehr für den Fall gelten, wenn nur dem Promittenten das Daseyn des Hindernisses bekannt ist. — Ist hingegen umgekehrt dasselbe nur dem Promissär bekannt, so scheinet wieder unterschieden werden zu müssen, ob derselbe wußte, daß der Promittent von dem Hindernisse keine Kenntniß habe oder nicht. Im ersten Falle wird die Verpflichtung auf Seite des Promissärs, und zwar in der Art seyn, daß er sogar von Seite des Promittenten, wenn diesem an der Erfüllung des Vertrages gelegen ist, zur nöthigen Einschreitung wegen dessen Hebung angehalten werden könne; im zweyten Falle aber scheint diese Verpflichtung dem Promissär nur dann zu obliegen, wenn ihm daran liegt, daß der Vertrag in Erfüllung gehe. — Ist Beyden das Hinderniß unbekannt, so liegt demjenigen, welchem an der Erfüllung des Vertrages gelegen ist, auch ob, die Wegräumung des Hindernisses zu besorgen; denn es ist in diesem Falle nicht vorauszusetzen, daß, wenn dem Promittenten das Daseyn des Hindernisses bekannt gewesen wäre, er sich zur Schließung des Vertrages herbey gelassen haben würde; und man kann daher auch um so weniger annehmen, daß sich der eine oder andere Theil bey Eingehung des Vertrages stillschweigend auch zur Hebung des Hindernisses verpflichtet habe.

§. 879.

Insbesondere sind, außer den am gehörigen Orte angeführten, folgende Verträge ungültig.

1) Wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

2) Wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Uebernehmung der Cur; oder

3) Wenn ein Rechtsfreund sich für die Uebernehmung eines Prozesses eine bestimmte Belohnung bedingt; oder eine ihm anvertraute Streitsache an sich löset;

4) Wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bey Lebzeiten derselben veräußert wird.

1) Verträge, die von dem Civil-Gesetze für unerlaubt und ungültig erklärt werden, kommen in diesem Gesetzbuche an den zukömmlichen Orten zerstreut vor. Man sehe die §§. 986, 991, 993, 996, 998, 1056, 1174, 1196, 1208, 1259, 1270, 1273, 1291, 1371, 1372, 1382 — 1385 und 1502. Außer diesen gibt es aber auch Fälle, wo dergleichen Verbothe und Ungültigerklärungen in den politischen Gesetzen vorkommen. Beyspiele hiervon sind bereits bey den §§. 290, 311, 355 und 843 vorgekommen, und werden noch bey Erläuterung der nachfolgenden §§. an den zukömmlichen Orten bemerkt werden. Hier werden noch insbesondere folgende Verordnungen angeführt:

a. Jeder Kauf, Tausch, Schenkung u. dgl., wodurch eine Civil-Person von einer Militär-Partey außer dem Wege der öffentlichen Versteigerung, Hafer, Korn, Weitzen, Heu, Stroh, Mehl, Kleyen, Knoppern, Holz, Licht und Zünd-Materialien, Säcke, Fässer und dergleichen ärarische Fassungs-Artikel, oder Quittungen und Anweisungen hierauf an sich bringt, wird als ungültig erklärt, und ist derjenige, der ein

solches Gut durch Kauf, Tausch, Schenkung, oder sonst wie immer von einer Militär-Partey an sich gebracht hat, zur Zurückstellung desselben, wenn es noch bey ihm angetroffen wird, falls er es aber schon verzehrt, oder wieder weiter hintangegeben hätte, zum Ersatze seines wahren Werthes zu verhalten [1]).

b. Den Bekennern der israelitischen Religion ist untersagt, mit Kirchengefäßen, Paramenten, Crucifixen, Bildern der Heiligen, überhaupt mit Gegenständen, welche in ihrer Form nur zum Gebrauche bey dem katholischen Gottesdienst dienen, Handel mittelst Hausirens, auf Märkten, in Trödelbuden u. dgl. zu treiben, oder in öffentlichen Versteigerungen an sich zu bringen [2]).

2) Zu diesen in dem Gesetzbuche an verschiedenen Orten, dann in der politischen Gesetzgebung für ungültig erklärten Verträgen gesellt das Gesetzbuch noch besondere vier Arten der Verträge. Bey den ersten der hier erwähnten Verträge ging der Gesetzgeber von der Ansicht aus, daß sich gewinnsüchtige Unterhändler, welche für die Unterhandlung eines Ehevertrages sich Etwas bedingen, gewöhnlich falscher, listiger Angaben bedienen, wodurch beyde Brautpersonen, oder doch Eine derselben zu einer in der Folge oft sehr bereuten Ehe verleitet wird, welche für die Familie sehr nachtheilig ist. — Dabey bemerkt zugleich Herr Hofrath v. Zeiller, daß eine bloße Aufrechnung der Kösten für die Unterhandlung, z. B. mit einer abwesenden Person, als auch eine freywillig, ohne Bedingung, oder ohne Rücksicht auf den Erfolg zugesicherte Belohnung und selbst ein für die Bewirkung einer näheren Bekanntschaft (ohne Kuppeley) bedungener Lohn darunter nicht begriffen werden könne. — Ich trete dieser Bemerkung vollkommen bey, — jedoch kann ich mich der gleich nachfolgenden, daß nähmlich die Zurückforderung der gegebenen Belohnung (versteht sich außer den hier oben erwähnten Fällen, wo sogar die nicht gegebene gefordert werden kann) nicht Statt

1) Hofkanzley-Decret vom 24. November 1803; P. G. S. 31 B., S. 113. Decret der Central-Organisirungs-Hofcommission vom 2. August 1817. Goutt. Gesetzs. 14. B., S. 11.

2) Hofkanzley-Decret vom 20. März 1823. Goutta's Gesetzs. 54. B., S. 73.

finde, nicht anschließen. — Der verewigte Commentator beruft sich zwar auf den §. 1174, allein dieser ist, nach meiner Ueberzeugung, hier von keiner Anwendung; denn er sagt: „Was Jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern." Nun ist ja die Unterhandlung eines Ehevertrages an und für sich weder eine unmögliche noch unerlaubte Handlung. — Wäre diese Ansicht des Herrn Hofrathes richtig, so wäre der Vertrag, vermöge für die Unterhandlung eines Ehevertrages Etwas bedungen wird, im eigentlichen Sinne des Wortes kein ungültiger, sondern ein solcher Vertrag, dem das Klagerecht und die richterliche Hülfe versagt wird, wie z. B. das Spiel und die Wette. — Nur in dem Falle, als der Ehewerber die Belohnung ausdrücklich zu dem Zwecke gegeben hätte, damit sich der Unterhändler herbeylasse, sich bey der Unterhandlung unerlaubter Mittel zu bedienen, würde die Vorschrift des §. 1174 in Anwendung kommen.

3) Den zweyten hier aufgeführten Vertrag erklärt der Gesetzgeber aus dem Grunde für ungültig, weil mit vollem Rechte anzunehmen ist, daß sich der Kranke in einer Zwangslage befinde. — Nachdem indessen das Gesetz einen solchen Vertrag schlechterdings für ungültig erklärt, so folgt wohl von selbst, daß diese gesetzliche Anordnung selbst in dem Falle aufrecht bestünde, wenn der Beweis hergestellt werden könnte, daß der Kranke freywillig sich zur Forderung verstanden habe. Das Recht des Arztes eine für seine Bemühung den Verhältnissen angemessene Belohnung zu fordern, wird dadurch nicht gekränkt.

4) Bey Rechts-Vertretern vereinigen sich die oben (Nr. 2 u. 3) angeführten Gründe. Sie haben, wie v. Zeiller bemerkt, die Gelegenheit, kurzsichtige Parteyen durch Vorspiegelungen des großen Kosten- und Mühe-Aufwandes, und durch die angedrohte Versagung des Rechts-Beystandes zu unmäßigen Verheißungen, oder zur Abtretung ihres Rechtes, das sie doch zu verfechten übernommen haben, gegen eine unbillige Vergütung zu verleiten. — Schon die allgemeine Gerichts-Ordnung enthält eine ähnliche Vorschrift im §. 423, wo es heißt: „Kein Advocat soll sich auf

den Fall, da er den Prozeß gewinnen würde, eine besondere bestimmte Belohnung voraus bedingen; ein solches Beding wäre nicht nur unkräftig, sondern jener Advocat noch besonders zu bestrafen (und zwar mit dem Verluste des Stalli advocandi [1]), welcher es eingegangen hätte." Daß diese von der im Gesetzbuche enthaltenen Anordnung etwas abweichende Vorschrift durch ersteres nicht als aufgehoben zu betrachten sey, ist aus den Eingangsworten dieses §. zu entnehmen.

5) Da Verträge, wodurch der wirklich oder nur vorgeblich gehoffte Nachlaß einer dritten noch lebenden Person veräußert wird, gewöhnlich nur zwischen Betrügern, oder mit ruchlosen oder leichtsinnigen Verschwendern und Wucherern, oder nichtswürdigen Erbschleichern geschlossen zu werden pflegen, und wenn gleich nicht mehr zu Lebens-Nachstellungen, wie bey den Römern, doch zum Sitten-Verderbnisse und zur Zerrüttung der Familien-Eintracht den Weg bahnen, so hat sich der österreichische Gesetzgeber auch bewogen gefunden, solche Verträge als ungültig zu erklären [2]).

§. 880.

Wird der Gegenstand, worüber ein Vertrag geschlossen worden, vor dessen Uebergabe dem Verkehre entzogen; so ist es eben so viel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte.

1) Der im §. 5 aufgestellte Grundsatz, daß die Gesetze nicht zurückwirken, und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß haben, gilt bloß von bürgerlichen Gesetzen, wodurch die Privat-Rechte der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, nicht aber von den politischen Anordnungen, welche des Staats-Wohles wegen erlassen werden. Diese müssen auch vorausgegangene Handlungen, so fern sie nicht schon ganz geendiget sind, sondern erst durch eine Subsumtion unter das Gesetz wirksam werden sollen, afficiren. — Wird daher der Gegenstand, worüber ein

1) Hofdecret vom 22. May 1789; J. G. S. Nr. 1013, b.
2) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 4.

Vertrag geschlossen worden, vor dessen Uebergabe dem Verkehre entzogen, so wird dessen Erfüllung rechtlich unmöglich gemacht; denn die einzelnen Staats-Bürger können nicht verlangen, daß der Gesetzgeber wegen des von einem Privaten gegen einen anderen Privaten auf die Sache erworbenen Rechtes dasjenige, was er einmahl dem Staats-Wohle nachtheilig erkannt hat, zu Gunsten des Berechtigten noch fortdauernd bestehen lasse. Auf die Fortdauer eines Gesetzes, welches bisher eine bestimmte Sache dem freyen Verkehre überließ, hat kein Unterthan ein Recht gegen den Gesetzgeber; vielmehr wirkt der jedem positiven, vorzüglich aber politischen Gesetze anklebende Charakter seiner Veränderlichkeit, daß jeder Unterthan durch die Abschließung eines solchen Vertrages nur eine bedingte Befugniß, so lange nähmlich der freye Verkehr mit der Sache gesetzlich zugelassen ist, erlange.

2) Der gegenwärtige §. macht keinen Unterschied, ob der Gegenstand des Vertrages dem Verkehre überhaupt und allgemein, oder nur dem Privat-Verkehre gewisser Classen von Personen oder nur dem der contrahirenden Parteyen allein entzogen wird. Dem Privat-Verkehre wird aber eine Sache auf zweyfache Art entzogen: a) wenn der Promissär unfähig wird, das verheißene Recht zu erwerben, dann b) wenn es dem Promittenten physisch oder rechtlich unmöglich gemacht wird, sein Versprechen zu erfüllen. Ein Beyspiel des sub a angeführten Falles wäre, wenn Jemand mit einer Frauensperson einen Kaufsvertrag um sein Haus abgeschlossen, und diese sich vor bewerkstelligter Uebergabe mit einem türkischen Unterthane verehelicht hätte, weil die Ehegattinen türkischer Unterthanen in den österreichischen Staaten zum Besitze von Realitäten nicht geeignet sind. Als Beyspiele der sub b angeführten Art, wie eine Sache dem Privat-Verkehre entzogen werde, mögen gelten, wenn Jemand sich über das Eigenthumsrecht der veräußerten Sache ausweiset, oder diese entwendet wird. In allen diesen Fällen wird es dem Promittenten theils physisch, theils rechtlich unmöglich gemacht, dasjenige zu leisten, was er zu leisten versprochen hat.

3) Es wird indessen nothwendig, den sub a berührten Fall, wie eine Sache dem Privat-Verkehre entzogen werde, einer näheren Erörterung zu unterziehen; da mir bereits Herr Regierungsrath Dr. Winniwarter in dieser Hinsicht vorgeworfen hat [1]), daß ich die Vorschriften über die subjective Unfähigkeit offenbar mit jenen über die Untauglichkeit des Objectes zur Erwerbung verwechsle. — Um meine Ansicht hierüber deutlicher darzustellen und zu begründen, glaube ich auf dasjenige zurückgehen zu müssen, was ich bey Erläuterung des §. 311 bemerkt habe, daß aus dem rechtlichen Verkehre a) alle Sachen ausgeschlossen seyen, bey welchen eine Innehabung nicht Statt finden kann, wie z. B. die freye Luft, das Weltmeer, das Sonnenlicht u. s. w.; b) dann aber auch jene, in Ansehung derer der rechtliche Wille, sie als die seinigen zu behandeln, nicht vorhanden seyn kann, weil deren Verkehr durch ausdrückliche Gesetze untersagt ist. Nur in Betreff der ersteren kann man sagen, daß die Untauglichkeit ausschließend im Objecte liege, bey der zweyten liegt sie zum Theile auch im Subjecte. Die letzteren Sachen könnten ihrer objectiven Beschaffenheit nach allerdings einen Gegenstand des Verkehres ausmachen, nur den Staatsunterthanen, folglich den Subjecten ist es verbothen, sie zum Gegenstande des Verkehres zu machen. Es wird auch wirklich mit solchen Gegenständen sehr häufig ein Verkehr getrieben, welches nicht seyn könnte, wenn die Untauglichkeit bloß im Objecte ihren Grund hätte. — Es ist daher bey Sachen, welche dem Verkehre entzogen sind, nicht jede subjective Beziehung ausgeschlossen, sondern die Untauglichkeit zum Verkehre beruht hier in der Beziehung des Objectes zum Subjecte. Werden unter dem Subjecte alle Staatsbürger begriffen, dann kann man sagen, die Sache sey dem allgemeinen Verkehre entzogen; umfaßt das Verboth aber nur eine gewisse Classe von Personen, unter welche die eine oder die andere der contrahirenden Personen gehört, oder ist es auf eine der letzteren selbst beschränkt, so kann man sagen, die Sache sey dem Privatverkehre entrückt. Weil aber die Untaug-

1) In der Wagner'schen Zeitschrift, 1823, VI. Heft, S. 364.

lichkeit der Sache zum Verkehre unter den Contrahenten in einer Beziehung auf dem Subjecte liegt, so kann man auch diese subjective Seite hervorheben, und sich des Ausdruckes bedienen: diese oder jene Classe Menschen ist unfähig solche Sachen zu erwerben, und somit gewinnt es den Anschein, als ob es sich hier wirklich nur um die subjective Fähigkeit handelte. — Allein von der subjectiven Fähigkeit, Verträge zu schließen, handelt der §. 865, und wenn man diese scharf ins Auge faßt, so wird es unmöglich, den Fall darunter zu subsummiren, wenn die Ansichbringung bestimmter Sachen einer besonderen Classe von Personen verbothen ist. — Es ist ein eigenthümlicher Unterschied zwischen der subjectiven Unfähigkeit und der Unmöglichkeit der Leistung, daß erstere nur das Entstehen des Vertrages, letztere aber auch die Erfüllung eines rechtsgültig entstandenen Vertrages hindert. — Haben zwey Personen mitsammen einen Vertrag geschlossen, und eine davon hätte vor Erfüllung des Vertrages den Gebrauch der Vernunft verloren, so könnte nichts desto weniger auf Erfüllung desselben gedrungen werden; wer nun den Fall der Frage auch unter die subjective Unfähigkeit und nicht unter die Unmöglichkeit der Leistung reihet, muß auch zugeben, daß in dem von mir oben Nr. 2 angegebenen Beyspiele die Gattinn des türkischen Unterthans auf die Uebergabe des ihr verkauften Hauses dringen kann [1]).

4) Die Gültigkeit des Vertrages wird nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. sogleich aufgehoben, wenn die Sache dem Verkehre entzogen wird, und es ist in diesem Falle eben so viel, als ob gar kein Vertrag geschlossen worden wäre, und zwar ohne Unterschied, ob der Zeitpunct, an welchem auf die Leistung gedrungen werden kann, schon vorüber ist oder nicht. Ich finde mich veranlaßt diese Bemerkung hier besonders hervorzuheben, weil man glauben könnte, es käme hier auf den bestimmten Zeitpunct der Leistung an, da in dem Falle, als der Zeitpunct der Leistung weiter hinausgerückt ist, auch die Möglichkeit vorhanden

1) Der Unterschied zwischen gemeinen und Privat-Verkehr ist offenbar in den §§. 653 u. 654 begründet.

ist, daß bis dahin die Sache dem Verkehre wieder heimgegeben werde.

5) Ist in der Folge bloß ein solches Hinderniß, den Vertrag zu erfüllen, eingetreten, welches hinweggeräumt werden kann, so hat, wenn dieses Hinderniß im Verschulden eines Theiles gelegen ist, ganz natürlich auch dieser die Verbindlichkeit, dasselbe hinwegzuräumen. Trägt kein Theil dabey ein Verschulden, so wird derjenige, dem an der Erfüllung des Vertrags gelegen ist, auch diese Last auf sich nehmen müssen.

§. 881.

Außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann zwar Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehmen. Hat aber Jemand seine Verwendung bey einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden; so muß er die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen.

1) Fremde Handlungen oder Sachen, bemerkt Herr Hofrath v. Zeiller, worüber uns kein Recht zukommt, stehen außer unserem Verkehre (§§. 16 u. 362). Ein Recht, was Jemand selbst nicht hat, kann er auch auf einen Andern nicht übertragen (§. 442). In so fern kann man also durch sein Versprechen einen Dritten nicht verbinden, und in diesem Sinne ist der Vertrag ungültig. Indessen gibt es doch Fälle, in welchem ein Dritter aus dem Versprechen eines Anderen, wegen des nahen Verhältnisses, worin er mit ihm steht, und mit ihm als eine Person zu betrachten ist, verbunden wird, oder in welchem der, obschon über eine fremde Sache geschlossene Vertrag wenigstens für die Pasciscenten rechtliche Folgen nach sich zieht.

2) Zunächst versteht es sich von selbst, daß Jemand als Gläubiger oder Schuldner, durch einen beauftragten Dritten, der ihn vorstellet, handeln könne, indem es einerley ist, ob man selbst contrahiret, oder ob man einen Dritten als Organ seines Willens gebraucht, nach der bekannten Regel: quod quis

per alium facit, ipse fecisse videtur. Aber abgesehen von dieser Repräsentation, welche nicht gerade nothwendig von dem Berechtigten oder Verpflichteten selbst ausgehen muß, sondern auch in der Anordnung des Gesetzes selbst (§§. 91, 152, 1238 u. 1239), oder in der Verfügung des Gerichtes, wie bey Aufstellung von Vormündern und Curatoren, oder selbst in dem bloßen Willen des Repräsentanten (§§. 1035 — 1040) liegen kann, gibt es Fälle, wo Jemand durch die Handlung eines Anderen Rechte erwirbt oder Verbindlichkeiten auf sich nimmt. — So verbinden Verträge nicht nur den Erben, als Universal-Nachfolger (§. 548), sondern oft auch den Particular-Nachfolger; der Uebernehmer einer Sache haftet für die damit verknüpften dinglichen Lasten (§. 443), den Cessionär treffen die Einwendungen, welche dem Cedenten entgegen gesetzt werden können (§. 1396), und den Eigenthümer treffen oft die unglücklichen Folgen seines Zutrauens, das von einem Anderen, dem er seine Sache anvertraute, gemißbraucht wurde (§. 367) [1].

3) Hat derjenige, welcher sich für einen Dritten eine Leistung versprechen ließ, selbst ein eigenes Interesse an der Leistung, so erwächst hieraus allerdings für den Promittenten eine Verbindlichkeit, bey deren Nichterfüllung dem Promissär in gewissen Fällen ein Klagerecht zustehet; denn wenn gleich das bloße Interesse eines Dritten keinen Grund abgeben kann, die Freyheit desjenigen, der sich in dem Vertrag verpflichtete, zu beschränken, indem Jedermann nur für sein eigenes Interesse der Regel nach zu sorgen, und die möglichst zu erhaltende Freyheit seines Mitbürgers zu beschränken berechtiget ist; so muß doch begreiflicher Weise alsdann eine Ausnahme eintreten, wenn kein bloß fremdes Interesse zu Grunde liegt, sondern zugleich das eigene Interesse des Contrahenten in Betrachtung kommt. Es ist diese Behauptung keine einschränkende Auslegung des gegenwärtigen §., die mit den Worten desselben im Widerspruche stünde; denn von demjenigen, welcher das Versprechen einer Leistung, die einem Dritten zu machen ist, angenommen hat, kann man nicht sagen,

[1] Siehe Zeillers-Commentar Nr. 3.

daß er das Versprechen nur für einen Dritten angenommen habe, er hat vielmehr auch das Versprechen für sich angenommen. — Die Wahrheit des Gesagten geht auch aus dem §. 1402 hervor, welcher in Ansehung der Assignation anordnet, daß sie, wenn sie auch nicht vollständig ist, doch für diejenigen Theile wirksam sey, die mit einander einverstanden sind. Nun ist der Vertrag, welcher zwischen den Assignaten und Assignanten abgeschlossen wird, ein solcher, worin versprochen wird, einem Dritten Etwas zu leisten, an welcher Leistung jedoch der Promissär ein Interesse hat, da er durch dieselbe von seiner eigenen Verbindlichkeit gegen diesen Dritten befreyet wird.

4) Abgesehen von diesem einwirkenden eigenen Interesse des Contrahenten kann aber auch der auf einen Dritten, als Berechtigten, gestellte Vertrag nach römischem Rechte mittelbar alsdann Gültigkeit erhalten, wenn eine Conventional-Strafe hinzugefügt worden ist [1]). Der Schuldner wird nähmlich hier zur Leistung an den Dritten dadurch genöthiget, daß er, im Falle der Nichtleistung, dem Contrahenten selbst die verabredete Strafe entrichten muß. Ein directes Klagerecht auf die im Vertrage enthaltene Leistung an den Dritten kann zwar, so wenig für den Contrahenten selbst, als für den Dritten, dadurch begründet werden; wohl aber wird, wenn die Leistung dem Dritten nicht geschieht, für den Contrahenten das Recht erzeugt, die dem Vertrage auf diesen Fall hinzugefügte Strafe zu fordern, und dieses Recht kann er klagend verfolgen, wodurch für den contrahirenden Schuldner die indirecte Nöthigung herbeygeführt wird, daß er die dem Dritten versprochene Leistung erfülle. — Es frägt sich nun, ob sich dieses auch nach österreichischem Rechte so verhalte? — Ich glaube diese Frage verneinend beantworten zu müssen; denn nach dem §. 1336 ist die Uebereinkunft zwischen den vertragschließenden Theilen, daß auf dem Fall des nicht erfüllten Versprechens ein bestimmter Betrag als Strafe entrichtet werden soll, nur in so ferne gültig, als der festgesetzte Betrag mit dem Nachtheile, den der Contrahent aus der Nichterfüllung des Vertrages leidet, in einem billigen Verhältnisse steht. —

1) §. 19. I. 3. 20. Fr. 38. §. 17. D. 65. 1.

Die Conventional-Strafe setzt somit ein eigenes Interesse des Contrahenten voraus; da aber dieses im Falle der Frage nicht vorhanden ist, so kann auch von einer Conventional-Strafe keine Rede seyn.

5) Ein weiterer Ausnahmsfall von der Regel, daß Niemand für einen Dritten gültig ein Versprechen annehmen könne, tritt nach römischem Rechte dann ein, wenn dieser Dritte der Erbe des Erblassers ist. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages leidet nach österreichischem Rechte keinen Zweifel, wenn der Erblasser für sich und seine Erben zugleich contrahirt hat; denn hier wird dem Erben eigentlich nur dasjenige erworben, was schon früher in der Person des Erblassers selbst, dessen Rechte an ihn übergehen, begründet war. Wenn aber der Erblasser bloß seinem Erben, nicht zugleich sich selbst, Etwas hat versprechen lassen; so kann der Vertrag nicht als gültig angenommen werden, weil a) nur dasjenige auf den Erben vererbt werden kann, was zum Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes gehört, und weil b) die juridische Personeneinheit zwischen dem Erblasser und Erben erst im Augenblick der erworbenen Erbschaft beginnt, und also nicht schon beym Leben des Erblassers bestehet.

6) Der Grundsatz, daß aus dem Vertrage, wodurch ein Dritter als Schuldner verpflichtet werden soll, weder für den Contrahenten, noch für diesen Dritten eine Verbindlichkeit erwachse, ist noch viel durchgreifender, als der bisher seinen Ausnahmen und sonstigen vortheilhaften Wirkungen nach entwickelte Grundsatz, daß Niemand für einen Dritten als Berechtigten contrahiren dürfe. Von obigen Vertrage muß aber das Versprechen unterschieden werden, die Leistung eines Dritten befördern, oder dafür sorgen zu wollen, daß der Dritte die bestimmte Leistung erfülle. Ein solches Versprechen ist ohne Zweifel gültig, und der gegenwärtige §. sagt, daß der Promittent die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen müsse. Hat daher derselbe bloß seine Verwendung und Sorgfalt, dem Promissär die Leistung zu verschaffen, zugesichert, so ist er auch zu etwas Mehreren nicht verpflichtet; hat daher seine Bemühung keinen

Erfolg, so ist er auch in der Regel hierfür nicht verantwortlich, ist er aber für den Erfolg gestanden, dann hat er dem Promissär dasjenige zu vergüten, um was er dadürch Nachtheil leidet, daß die Bemühung erfolglos geblieben ist. Im ersten Falle, wenn nähmlich der Promittent seine Verwendung zugesichert hat, kann derselbe zur Erfüllung seines Versprechens, allenfalls durch Festsetzung von Geldstrafen, genöthiget werden; und sollte sich aus der Nichterfüllung des Versprechens wirklich ein Nachtheil nachweisen lassen, was jedoch immer schwer hält, da auch die Verwendung erfolglos geblieben seyn könnte, so ist er ohne Zweifel hierfür die Vergütung zu leisten schuldig. Hat er aber sein Versprechen redlich erfüllet, so muß auch ihm, obschon der Erfolg nicht gelungen ist, das Versprechen geleistet werden.

7) Indessen kommt hier sehr viel auf die Worte an, deren sich die Contrahenten, und insbesondere der Promittent bediente. — Im Zweifel ist zu vermuthen, daß Jemand nur das, was in seiner Macht steht, folglich nur seine Verwendung und Sorgfalt, dem Promissär die Leistung zu verschaffen, versprochen habe; und diese Vermuthung ist um so stärker, wenn das Versprechen unentgeldlich gemacht worden ist. Ist aber das Versprechen nur gegen Bedingung eines Entgeldes erklärt worden, und stünde dieses Entgeld zu dem mit der bloßen Bemühung in keinem billigen Verhältnisse, so würde dieser Umstand zur entgegengesetzten Auslegung des Vertrages hinlenken.

§. 882.

Sind unmögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen worden, so müssen die möglichen erfüllet werden, wenn anders die vertragschließenden Theile nicht die ausdrückliche Bedingung gemacht haben, daß kein Punct des Vertrages von dem andern abgesondert werden könne.

In unentgeldlichen Verträgen unterliegt, wie v. Zeiller bemerkt, die Befolgung dieser Vorschrift keiner Schwierigkeit. Im entgeldlichen müßte, weil dabey Gleichheit im Werthe der Gegen-

stände vorausgesetzt wird (§. 864), ein Nachlaß im Verhältnisse zu dem, was nicht geleistet werden kann, zugestanden werden (§. 932). Eine Ausnahme hiervon würde der Fall machen, wenn dem Promissär die Unmöglichkeit gleich bey Schließung des Vertrages bekannt gewesen wäre; denn in diesem Falle muß man annehmen, daß er bey dem Versprechen der Gegenleistung nur auf dasjenige, was zu erfüllen möglich ist, Rücksicht genommen habe. — Wären mögliche und unmögliche Dinge wahlweise zugesagt worden, so trete die Vorschrift des §. 907 in Anwendung. Mit der Unmöglichkeit, die Hauptsache zu leisten, fällt auch die Verbindlichkeit zur Leistung einer Nebensache weg.

§. 883.

Form der Verträge.

Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, vor Gerichte oder außerhalb desselben; mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit, keinen Unterschied.

1) Sowohl nach dem preußischen Landrechte, als nach dem französischen Civil-Gesetzbuche, müssen Verträge über Gegenstände, deren Werth eine bestimmte Summe überschreitet, schriftlich errichtet werden, wenn sie von Wirksamkeit seyn sollen. — Obschon sich die nützliche Absicht, die diesen Anordnungen zu Grunde liegt, nicht verkennen läßt, — so hat sich doch die österreichische Gesetzgebung aus überwiegenden Gründen bewogen gefunden, — in Ansehung der Form der Verträge den Grundsatz an die Spitze zu stellen, daß zur Gültigkeit eines Vertrages keine bestimmte Form nothwendig sey. — Es genügt, wenn derjenige, der aus einem Vertrage für sich ein Recht ableitet, das Bestehen dieses Vertrages, d. i. der wechselseitig erklärten Willens-Uebereinstimmung auf eine in der allgemeinen Gerichtsordnung vorgezeichnete Art und Weise darzuthun im Stande ist.

2) Das Gesetz redet im gegenwärtigen §. von viererley Arten der Verträge, nähmlich von mündlichen, — schriftlichen, gerichtlichen und außergerichtlichen. Unter mündlichen Verträgen versteht man im engsten Sinne des Wortes diejenigen, bey welchen die gegenseitige übereinstimmende Willen-Erklärung durch Worte, welche durch den Mund ausgedrückt werden, kund gegeben wird. Da aber nach §. 863 der Wille bey Verträgen auch außer den mündlich ausgesprochenen, oder durch die Schrift bezeichneten Worten durch andere allgemein angenommene Zeichen, ja, selbst stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden kann, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen, so müssen nach dem Sinne des österreichischen Gesetzbuches auch jene Verträge, bey welchen auf diese Art und Weise der gegenseitige Wille erklärt worden ist, unter die mündlichen Verträge gerechnet werden, oder, wenn man dieses als dem Sprachgebrauche zuwider nicht annehmen wollte, so muß man doch außer allen Zweifel gesetzt seyn lassen, daß nach österreichischen Gesetzen diese letztere Art von Verträgen der Wirkung nach ganz den mündlichen Verträgen gleichgestellt sey.

3) Schriftlich wird ein Vertrag geschlossen, wenn hierüber eine Urkunde errichtet wird. — Es entsteht nun die Frage, ob ein Vertrag, welcher durch Briefwechsel zwischen zweyen Parteyen abgeschlossen wird, nach österreichischen Gesetzen unter die schriftlichen gezählet, oder (wenigstens der Rechtswirkung nach) unter die mündlichen gerechnet werden müsse. Dem Wortlaute nach sollte man keinen Anstand nehmen, einen solchen Vertrag unter die schriftlichen zu reihen; allein dieser Einreihung stehen wesentliche Bedenken entgegen. — Bey einem Vertrage, der durch Briefwechsel geschlossen wird, erscheinen beyde Willens-Erklärungen nicht in einem und dem nähmlichen Aufsatze, sondern in verschiedenen Urkunden. Es scheinet jedoch nach dem Sinne des österreichischen Gesetzbuches zu einem schriftlichen Vertrage wesentlich, daß beyde Willens-Erklärungen eine und dieselbe Urkunde in sich enthalte. — So sagt der §.

434: „Wenn aber der Uebergeber nicht persönlich erscheint, und in allen städtische oder landtäfliche Güter betreffenden Fällen muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den vertragschließenden Theilen als von zwey glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertiget werden;" dann sagt der folgende §. 884: „Haben sich die Parteyen ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, so wird er vor der Unterschrift der Parteyen nicht für geschlossen angesehen." Diese beyden Gesetzesstellen und besonders die letztere drücken deutlich aus, daß bey einem schriftlichen Vertrage beyde Willens-Erklärungen in einer und der nähmlichen Urkunde erscheinen müssen. — Es scheint dieses auch in der Natur der Sache gegründet; — denn Briefe vertreten lediglich die Stelle der mündlichen Rede. — Ein Jeder schreibt in dem Briefe das, was er nach seiner Gesinnung zu erklären beabsichtet; ein schriftlicher Vertrag setzt voraus, daß beyde Theile bereits über ihre gegenseitige Willens-Meinung einig sind. — So wie bey mündlichen Unterhandlungen jeder Theil vielfache Aeußerungen und Erklärungen abgeben kann, bis beyde Theile in einem Puncte übereinkommen, so kann dieses auch bey brieflichen Mittheilungen geschehen; und es wird gewiß Niemand behaupten wollen, daß, wenn zwanzig Briefe auf diese Art gegen einander gewechselt werden, ein schriftlicher Vertrag errichtet worden sey.

4) Gerichtlich wird ein Vertrag errichtet, wenn er in Beysein und unter Intervenirung von Gerichtspersonen erkläret und in ein Protocoll aufgenommen wird. — So wie bey einem mündlich vor Gericht errichteten Testamente der Richter und sein beeideter Actuar die Stelle der sonst zur Gültigkeit eines mündlichen Testamentes nothwendigen Zeugen vertreten, so scheint dieses um so mehr bey gerichtlichen Verträgen zu gelten. — Wird daher in Folge eines gerichtlichen Vertrages das Eigenthum einer unbeweglichen Sache an einen Andern übertragen, so scheint es nicht nothwendig, daß das Protocoll, außer den vertragschließenden Parteyen, dann dem Richter und Actuar, noch besonders von zwey Zeugen unterfertiget werde, obschon auch die Beyziehung

zweyer Zeugen zur Vermeidung von Streitigkeiten immer als räthlich erscheinet. — In Ansehung der Rechtsgültigkeit ist es nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. in der Regel zwar einerley, ob ein gerichtlicher oder außergerichtlicher Vertrag geschlossen worden sey, jedoch nicht eben so in Ansehung der Beweiseskraft; denn bey einem gerichtlichen Vertrage hat derjenige, welcher die Echtheit desselben anfechtet, die Last des Beweises auf sich, während bey bestrittener Echtheit des außergerichtlichen Vertrages derjenige den Beweis zu liefern hat, der die Echtheit desselben behauptet [1]). Es scheint auch in Ansehung der Wirkung zwischen einem gerichtlichen und außergerichtlichen Vertrage ein Unterschied zu bestehen, da der §. 298 und der §. 396 der gallizischen Gerichtsordnung die Bestimmung enthalten, daß über einen gerichtlichen Vertrag sogleich die Execution ertheilt werden könne; während es außer Zweifel ist, daß ein außergerichtlicher Vertrag diese Wirkung nicht hervorbringe. Allein in diesen hier citirten Gesetzesstellen ist, wie aus einigen nachfolgenden Erläuterungs-Verordnungen zu ersehen, der Ausdruck „gerichtlicher Vertrag" in einem viel beschränktern Verstande zu nehmen; denn die citirten §§. aus der gemeinen und westgallizischen Gerichtsordnung sind nur von solchen Verträgen zu verstehen, die über gerichtlich verhandelte Streitgegenstände geschlossen werden, somit von eigentlichen gerichtlichen Vergleichen (transactionibus) wie die lateinische Uebersetzung lautet [2]). Da bereits der §. 26 des 3. Theiles des Gesetzbuches für Westgallizien eine gleiche Bestimmung enthält, wie der gegenwärtige §., so verordnete schon das Hofdecret vom 2. März 1805 [3]), daß, wenn Parteyen um die Bewilligung einschreiten, gerichtliche Verträge schließen zu dürfen, zwar keinem Anstande unterliege, daß über dieses Ansuchen, die Verträge, welche sie unter sich schließen, zum Protocolle genommen werden; daß es aber in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied mache, ob ein Vertrag gerichtlich oder außergerichtlich geschlossen werde, und daher auch

1) Siehe Pratobevera's Materialien, 2. B., S. 22.
2) Hofdecret vom 22. Junius 1805; J. G. S. Nr. 735.
3) J. G. S. Nr. 715.

der §. 290 der G. O. auf solche Verträge nicht ausgedehnt werden könne.

§. 884.

Haben sich die Parteyen ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet; so wird er vor der Unterschrift der Parteyen nicht für geschlossen angesehen. Die Siegelung wird auch in diesem Falle nicht wesentlich erfordert.

1) Schon Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt bey diesem §., daß die darin enthaltene Vorschrift nicht von dem Falle zu verstehen sey, wenn die Parteyen ohne vorläufige Verabredung eines schriftlichen Aufsatzes einen Vertrag abgeschlossen, dann aber bestimmt haben, daß hierüber eine Urkunde errichtet werden soll. Dieser Paragraph setzt voraus, daß die Parteyen den schriftlichen Aufsatz ausdrücklich zur Gültigkeit des Vertrages festgesetzt, oder doch noch vor der Abschließung erklärt haben, daß sie ein schriftliches Uebereinkommen treffen wollen. Da in dem gegenwärtigen §. nicht von einer Urkunde, die über einen bereits geschlossenen Vertrag errichtet werden sollte, sondern von der Abschließung eines schriftlichen Vertrages selbst die Rede ist, so kann, nach meiner Ueberzeugung, gegen diese Auslegung nichts Gegründetes eingewendet werden.

2) Ist aber zwischen den Parteyen das Uebereinkommen getroffen worden, daß ein schriftlicher Vertrag errichtet werden solle, so ist ein bloßer schriftlicher Aufsatz nicht genügend, sondern er muß zum Zeichen der Vollendung und vollständigen wechselseitigen Einwilligung von den Parteyen unterschrieben seyn. Die Siegelung ist hier eben so wenig, wie bey schriftlichen letztwilligen Anordnungen in der Regel nothwendig; sie ist aber nicht überflüssig, da sie dazu beytragen kann, bey der widersprochenen Echtheit der Unterschriften den Beweis derselben zu erleichtern. Ich sage übrigens in der Regel; denn besteht die Urkunde aus mehreren Bogen, so ist hier ohne Zweifel das-

jenige zu beobachten, was bereits bey Erläuterung des §. 579 Nr. 7 bemerkt worden ist.

3) Haben beyde contrahirenden Theile den Vertrag mündlich abgeschlossen, zum Beweise des abgeschlossenen Vertrages aber eine schriftliche Urkunde errichtet, so ist, wenn diese schriftliche Urkunde als Beweismittel des abgeschlossenen Vertrages dienen soll, gleichfalls die Unterschrift beyder Parteyen nothwendig. Denn es sagt der §. 114 der allgemeinen Gerichtsordnung, daß Privat-Urkunden, wenn nicht für eine oder die andere besondere Zierlichkeiten vorgeschrieben sind, dann einen Beweis machen, wenn sie von dem Aussteller eigenhändig unterschrieben sind; da nun aber bey zweyseitig verbindlichen Contracten beyde contrahirenden Theile als Aussteller anzusehen sind, so müssen auch beyde Theile die zum Beweise des geschlossenen Vertrages errichtete Urkunde eigenhändig unterfertigen. Der Unterschied, ob beyde Theile die schriftliche Urkunde lediglich des Beweises Willen ausgefertiget, oder ob sie sich zu einem eigentlichen schriftlichen Vertrage verabredet haben, besteht daher im Folgenden: — Haben die Parteyen lediglich zum Behufe des Beweises eine Urkunde errichtet, und diese Urkunde leidet Mangel an den gesetzlichen Förmlichkeiten, oder es wird die eine oder andere Unterschrift widersprochen, so kann sich die betroffene Partey auf Zeugen berufen, und durch selbe den geschlossenen Vertrag erweisen; hätten sich aber die Parteyen ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, — so wäre auf den Zeugenbeweis, in so fern er darauf hinzielet, das geschlossene Uebereinkommen zu erweisen, gar kein Bedacht zu nehmen [1]).

§. 885.

Punctation.

Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpuncte errichtet, und von den Parteyen unterfertiget worden; so

1) Was man unter Unterschrift der Parteyen verstehe, sehe man die Erläuterung des §. 578.

gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind.

1) Unter der Voraussetzung, daß ein Vertrag schriftlich errichtet werden soll, ist eine bloß mündliche Verabredung nur als eine unverbindliche Unterhandlung anzusehen (§. 861). Es geschieht jedoch öfters, daß der ordentlich schriftliche Vertrag nicht sogleich zu Stande kommen kann, entweder, weil die Parteyen über einige außerwesentliche Puncte, die sie dem Vertrage einschalten wollen, noch nicht ganz im Reinen sind, oder, weil sie selbst die Fähigkeit nicht besitzen, einen gut stylisirten Vertrag zu Papier zu bringen, und sich daher erst um einen der Sache kundigen Mann umsehen; wobey sie doch den Wunsch hegen, daß die bereits verabredeten Bestimmungen sogleich verbindlich seyn sollen.

2) Wenn nun in einem solchen Falle die Parteyen, welche, wie vorausgesetzt wird, wenigstens über die wesentlichen Bestimmungen des Vertrages einig sind, die beschlossenen Hauptpuncte auf ein Papier niederschreiben, oder von einer dritten Hand niederschreiben lassen, und beyde Pasciscenten dieselbe mit ihrer Nahmens-Unterschrift fertigen, so erhält dadurch schon dieser vorläufige Aufsatz, in Ansehung der darin ausgedrückten Rechte und Verbindlichkeiten, verbindliche Kraft. Ein solcher Aufsatz heißt Punctation.

3) Aus der Punctation erwächst, wie v. Zeiller bemerkt, für jede aus den Parteyen das Recht, die andere zur Erfüllung der niedergeschriebenen Puncte, obschon man in den übrigen noch nicht einig ist, so wie auch zur Ausstellung der förmlichen Urkunden nach Vorschrift der Gerichtsordnung anzuhalten. Die bloße Pränotation kann sogleich bewirkt werden (§. 438). Hieraus ergibt sich, daß sich eine solche Punctation von der Verabredung, einen Vertrag von gewisser Art künftig errichten zu wollen (§. 936) sowohl, als von einem bloßen Tractate, welcher den Vorbehalt der gänzlichen Vereinigung voraussetzt, und der daher in so lange, als diese nicht erfolgt, unwirksam ist, unterscheidet.

§. 886.

Wer des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig ist, muß zwey Zeugen, deren Einer dessen Nahmen unterfertiget, beyziehen, und sein gewöhnliches Handzeichen beyrücken.

1) Diese Vorschrift ist aus dem §. 116 der G. O. genommen, welcher das Nähmliche in Ansehung der Glaubwürdigkeit jeder Privat-Urkunde anordnet. Die zwey Zeugen werden hier, wie v. Zeiller bemerkt, zur Bestätigung gefordert, daß die des Schreibens unfähige Partey ihr Handzeichen, das weit leichter, als eine ordentliche Unterschrift nachgemacht werden kann, beygerückt habe. — Es geschieht gewöhnlich, und ist auch räthlich, obgleich weder hier noch in der Gerichtsordnung ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Nahmens-Unterfertiger auch seinen eigenen Nahmen, mit dem Beysatze: als Nahmens-Unterfertiger, unterschreibe. Die Stellung dieses §. sowohl, als der Grund der in selbem ausgesprochenen Vorschrift zeigen, daß das hier Gesagte nicht nur von einer bloßen Punctation, als auch von einem ordentlichen schriftlichen Vertrage gelte.

2) Den Inhalt des Vertrages hat auch hier der Zeuge zu wissen nicht nöthig; wohl aber fordert das Gesetz, daß die Zeugen, wenn ihnen eine solche Urkunde vorgelegt wird, aus dem Munde des Ausstellers, d. i. im vorliegenden Falle desjenigen, dessen Handzeichen sie bestätigen, selbst wissen und hören müssen, daß diese Urkunde, welche sie nun als Zeugen fertigen sollen, seinem Willen gemäß sey [1].

§. 887.

Wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden; so ist auf vorgeschickte mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen seyn sol-

1) Vergl. §. 117 der G. O., dann Resolution vom 14. Junius, 11. September 1789 und Patent vom 13. Jänner 1785.

len, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen.

1) Sobald über einen Vertrag eine schriftliche Urkunde errichtet wird, ist auch anzunehmen, daß die Parteyen alle dazu gehörigen Haupt- und Neben-Puncte, über welche sie vollkommen übereingekommen sind, in selbe aufnehmen werden. Sollten nebst den in der Urkunde vorkommenden Bestimmungen bey Abfassung des schriftlichen Contractes noch andere besprochen worden seyn, so wäre diese Hinweglassung derselben in der schriftlichen Urkunde eben ein Beweis, daß sich die Parteyen nicht wahrhaft über selbe vereiniget haben. — Um aber alle Streitigkeiten, die sich dießfalls ergeben könnten, wenn eine Partey behauptet, es sey dieser oder jener Punct noch insbesondere verabredet, aber bey Errichtung der schriftlichen Urkunde aufzunehmen übersehen worden, ordnet das Gesetz an, daß auf derley vorgeschützte mündliche Verabredungen gar kein Bedacht zu nehmen sey; sohin wäre auch die Partey, die eine solche Verabredung durch Zeugen zu erweisen versuchte, zu dem Zeugen-Beweise gar nicht zuzulassen. — Das Gesetz will, daß bey Errichtung einer schriftlichen Urkunde über einen Vertrag, die Parteyen darüber wachen, daß kein Punct in selber aufzunehmen übersehen werde. — Es ist einerley, ob die vorgeblichen mündlichen Verabredungen mit der schriftlichen Urkunde im Widerspruche stehen oder lediglich neue Zusätze enthalten. — Nur in so fern diese mündlichen Unterredungen lediglich zur Aufklärung des zweifelhaften Sinnes des schriftlichen Aufsatzes dienen, dürfte die Partey zum Beweise einer solchen mündlichen Verabredung zugelassen werden; denn dieses stünde mit den Worten des gegenwärtigen §. nicht im Widerspruche.

2) Uebrigens redet das Gesetz hier von Verabredungen, die zugleich, d. i. während die Urkunde geschrieben wurde, vor sich gegangen seyn sollten. Sind die Verabredungen früher geschehen, so sind selbe entweder als unwirksame Unterhandlungen zu betrachten, oder im Falle erweislich wäre, daß die Parteyen sich dadurch wirklich verbindlich gemacht haben, so wären sie durch

den später darauf zu Stande gekommenen schriftlichen Vertrag als wieder aufgehoben anzusehen. — Es kann aber auch den Parteyen bey dem Bestehen eines schriftlichen Vertrages nicht verwehrt seyn, nach Errichtung desselben Abänderungen in selbem zu treffen, oder neue Zusätze zu demselben zu verabreden. Würde nur von einer Seite dieses behauptet, und zu erweisen angetragen, so steht der Inhalt des gegenwärtigen §. der Zulässigkeit eines solchen Beweises nicht im Wege.

3) Es muß aber hier aufmerksam gemacht werden, daß in einem solchen Falle vorzüglich das Augenmerk darauf zu nehmen sey, ob nicht etwa der mit den mündlichen Verabredungen im Widerstreite stehende schriftliche Vertrag bloß ein Scheinvertrag, und die mündliche Verabredung als der wirkliche anzusehen sey? — Zur Erläuterung dessen ein Beyspiel. Es geschieht nicht selten, daß bey einem Kaufvertrage die Parteyen in der schriftlichen Urkunde einen Theil des Kaufschillings verschweigen und diesen sohin niedriger angeben, als er unter ihnen eigentlich verabredet worden ist. — Viele sind nun der Meinung, daß in einem solchen Falle bloß die schriftliche Urkunde entscheide, und die Partey, welche aus der mündlichen Verabredung den höheren Kaufschilling in Anspruch nimmt, zum Beweise derselben gar nicht zuzulassen sey. — Allein diese Meinung ist offenbar irrig; denn hat sich der Verkäufer einen höheren Kaufschilling mündlich ausbedungen, wurde diesem die Zahlung desselben vom Käufer auch zugesichert, und haben zugleich beyde Theile verabredet, in der schriftlichen Urkunde den Kaufschilling geringer anzusetzen, als zwischen ihnen ausbedungen worden ist; so ist es offenbar, daß die schriftliche Urkunde ihr wahres Uebereinkommen nicht enthalte, sondern nur zum Scheine auf diese Art errichtet worden sey; es tritt sohin nicht der gegenwärtige, sondern der §. 916 in Anwendung.

§. 888.

Gemeinschaftliche Verbindlichkeit oder Berechtigung.

Wenn zwey oder mehrere Personen Jemanden eben dasselbe Recht zu einer Sache versprechen, oder

es von ihm annehmen, so wird sowohl die Forderung, als die Schuld nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigenthums getheilt.

Der Ausspruch des gegenwärtigen §. stützet sich, wie aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu entnehmen ist, darauf, daß, wenn Jemand nicht für sich allein, sondern zugleich mit Andern eine Sache oder Summe verspricht, vernünftiger Weise zu vermuthen sey, daß er auf die Mitwirkung der Uebrigen rechne, folglich die Last der Leistung nicht allein übernehmen wolle. — Eben so sey vernünftiger Weise anzunehmen, daß, wenn Mehrere eine verheißene Leistung annehmen, jeder für sich Etwas erwerben, folglich an dem Genusse der Leistung Theil nehmen wolle.

§. 889.

Außer den im Gesetze bestimmten Fällen haftet also aus mehreren Mitschuldnern einer theilbaren Sache jeder nur für seinen Antheil, und eben so muß von mehreren Mitgenossen einer theilbaren Sache jeder sich mit dem ihm gebührenden Theile begnügen.

1) Diese gesetzliche Vorschrift ist lediglich eine Folgerung des im vorigen §. aufgestellten Grundsatzes, daß sowohl die Forderung, als die Schuld nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigenthums getheilt werde. So wie nun nach §. 839 bey der Gemeinschaft des Eigenthums die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten nach dem Verhältnisse der Antheile ausgemessen werden, so ist dieses auch hier der Fall. Sind die Antheile nicht besonders bestimmt, so werden sie eben nach dieser gesetzlichen Vorschrift gleich groß angesehen. — Wenn also z. B. Ehegatten ihrem Schwiegersohne 10,000 fl. Heirathsgut verheißen haben, so kann letzterer von jedem derselben 5000 fl. verlangen, und hätte Jemand beyden Ehegatten 10,000 fl. versprochen, so könnte jeder derselben 5000 fl. fordern.

2) Die Vorschrift über die Theilbarkeit der Verbindlichkeit und des Rechtes wird, wie v. Zeiller bemerkt, nicht bloß auf Verträge eingeschränkt, sondern es wird allgemein ausgesagt, daß außer den im Gesetze bestimmten Fällen, sowohl die Verbindlichkeit als das Recht, zur Leistung einer theilbaren Sache, alle Mitgenossen nach ihren Antheilen treffe; folglich in der Regel nicht jedem Einzelnen die Verbindlichkeit, die ganze theilbare Sache zu leisten, oder das Recht, selbe zu fordern, zukomme.

§. 890.

Betrifft es hingegen untheilbare Sachen, so kann ein Gläubiger, wenn er der Einzige ist, solche von einem jeden Mitschuldner fordern. Wenn aber mehrere Gläubiger und nur Ein Mitschuldner da sind, so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung herauszugeben, nicht verpflichtet; er kann auf die Uebereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen.

1) Bey einer untheilbaren Sache kann dem Alleingläubiger, welcher ein ausschließendes Recht auf das Ganze hat, dasselbe theilweise nicht verschafft werden, da er aber ein Recht gegen jeden der Mitschuldner hat, so räumt daher das Gesetz demselben das Recht ein, die Sache von einem jeden Mitschuldner zu fordern. Als Beyspiele zu dieser Vorschrift führt v. Zeiller an: Das Servituts-Recht in einem von Mehreren besessenen Grundstücke (§. 485), die Forderung einer Urkunde oder eines Edelsteins aus einer gemeinschaftlichen Erbschaft u. dgl.

2) Die untheilbare Sache, von welcher der gegenwärtige §. spricht, kann entweder eine in die Sinne fallende körperliche oder eine unkörperliche, ein Recht, eine Dienstleistung seyn. — Kann von dem Gläubiger auf die Leistung der Sache in Natura nicht mehr gedrungen werden, weil z. B. die körperliche Sache in Verlust gerathen ist, oder die Schuldner zur versprochenen Dienstleistung unfähig geworden sind, und tritt der Fall ein,

wo der Gläubiger von sämmtlichen Mitschuldnern Entschädigung zu fordern berechtiget ist (§. 880), so tritt in Ansehung der Entschädigungs-Forderung, da sie unter die theilbaren Sachen gehört, in der Regel wieder der vorige §. 889 in Wirksamkeit.

3) Es steht übrigens dem Gläubiger auch frey, alle Mitschuldner insgesammt auf Leistung der Sache zu belangen, und da er dieses durch eine einzige Klage bewerkstelligen, auch sich nach Belieben einen unter jenen Gerichtsständen wählen kann, denen der eine oder andere Mitschuldner untersteht, indem er denselben nur als den ersten unter den Geklagten aufführen darf (der §. 17 Jur. Norm.), so handelt er auch am klügsten, wenn er dieses Verfahren wählet. — Werden nun sämmtliche Schuldner zur Leistung der Sache durch Urtheil schuldig erkannt, so kann er dann mittelst dieses Urtheils die Execution gegen denjenigen aus den Mitschuldnern führen, welcher gerade in der Lage ist, die Sache leisten zu können, z. B. in dessen Händen sich die herauszugebende körperliche Sache, z. B. die Urkunde, der Edelstein u. s. w. befindet. — Würde der Gläubiger vorziehen, nur Einen aus den Schuldnern, und vielleicht gerade einen solchen zu belangen, in dessen Händen sich die zu leistende Sache nicht befindet, so würde ihm selbst das auf Leistung der Sache geschöpft werdende Urtheil von keinem großen Nutzen seyn, weil er dieses Urtheil weder gegen den Verurtheilten, noch gegen seinen Mitschuldner in Ausführung bringen könnte. Nicht gegen den ersteren, weil sich nach der Voraussetzung die Sache nicht in seinen Händen befindet, daher auch dem Gerichtsbedienten nicht aufgetragen werden kann, dieselbe dem Beklagten abzunehmen (§. 305 d. G. O.), nicht gegen den Mitschuldner, der die Sache in seinem Besitze oder Aufbewahrung hat, weil er in dem Urtheile nicht begriffen ist (§. 298 d. G. O.). In diesem Falle würde daher dem Gläubiger nichts anders erübrigen, als eine neue Klage einzureichen (§. 306 d. G. O.). Aber könnte der Gläubiger nicht gleich in der ersteren Klage, die er gegen einen der Schuldner überreicht, das alternative Begehren stellen, entweder die Sache zu übergeben, oder den Werth zu ersetzen? —

Keineswegs; denn der gegenwärtige §. sagt nicht, daß jeder Mitschuldner für die ganze untheilbare Sache zu haften habe, sondern nur, daß der Gläubiger sie von jedem Schuldner fordern könne, welche Berechtigung hier nicht ihren Grund in einer besondern Verpflichtung der Mitschuldner, sondern lediglich in der Natur der zu entrichtenden Sache hat, die eine theilweise Einforderung von jedem der Mitschuldner nicht zuläßt. — Dieser Grund tritt aber, wenn es sich um die Haftung handelt, nicht ein; denn die Ersatzes-Leistung, wie schon oben Nr. 2 bemerkt worden, ist eine theilbare Sache, daher könnte die Klage höchstens nur auf theilweisen Ersatz des Werthes gerichtet werden.

4) Wenn aber Mehrere ein gemeinschaftliches Recht auf eine untheilbare Sache (z. B. eine Urkunde, einen Edelstein) haben, so darf der Schuldner dadurch, daß er die Sache nur Einen der Gläubiger ausfolgt, das Recht der übrigen nicht verkürzen. Es kann also keiner der Gläubiger ohne Einwilligung der anderen den Schuldner zur Herausgabe der Sache an ihn verhalten. Will der Schuldner sich selbst seiner Schuld entledigen, so hat er dafür zu sorgen, daß die Sache in gerichtliche Verwahrung genommen werde. — Hätte indessen der Schuldner gegen die Vorschrift des gegenwärtigen §. die Sache Einem der Gläubiger ausgefolgt, so stünde den übrigen aus dem Nr. 3 angegebenen Grunde lediglich das Recht zu, die nach den Vorschriften der Gemeinschaft des Eigenthums zu berechnenden Antheile an dem Werthe der Sache von dem Schuldner zu begehren, den ganzen Werth der Sache könnten sie keineswegs fordern.

§. 891.

Correalität.

Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt, daß sich Einer für Alle, und Alle für Einen ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze. Es hängt dann von dem

Gläubiger ab, ob er von allen, oder nur von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Antheilen, oder ob er es von einem Einzigen fordern wolle. — Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm, wenn er von derselben absteht, diese Wahl vorbehalten; und, wenn er von einem oder dem andern Mitschuldner nur zum Theile befriediget wird; so kann er das Rückständige von den übrigen fordern.

1) Wenn man den Begriff des Correal-Verhältnisses richtig auffaßt, so ergibt sich, daß dasselbe jederzeit in einer Gemeinschaftlichkeit der Verpflichtung oder des Rechtes in der Art bestehe, daß sie den Verpflichteten oder den Berechtigten ungetheilt zukomme. Das Correal-Verhältniß kann demnach ein doppeltes seyn, ein passives oder ein actives. Das erstere ist vorhanden, wenn Mehreren eine Verbindlichkeit ungetheilt zu leisten obliegt, und letzteres, wenn Mehreren ein Forderungsrecht gegen Jemanden ungetheilt zusteht. — Es entspringt, wie v. Zeiller bemerkt, aus der Natur einer (untheilbaren §. 890) Sache, aus der Anordnung des Gesetzes (§§. 210, 550, 1302, 1357 und 1359), aus einer letzten Willens-Erklärung oder aus einem Vertrage. Von der ersteren Art der Correalität ist im vorigen §. gehandelt worden; hier wird eigentlich die letzte Art derselben berühret, wovon aber die Vorschriften auch auf die beyden vorhergehenden anzuwenden sind.

2) In einem (unentgeldlichen oder entgeldlichen) Vertrage verbinden sich mehrere Schuldner (Einem oder mehreren Gläubigern), die nähmliche (untheilbare oder theilbare) ganze Sache oder Summe ungetheilt zu leisten, mittelst der gewöhnlichen Formel: Alle für Einen, und Einer für Alle. Die Absicht ist, dem Gläubiger, weil nicht alle Promittenten oder Schuldner in gleicher Art zahlungsfähig oder klagbar sind, größere Sicherheit, so wie auch, damit er das Ganze nicht erst durch besondere Klagen und Theilzahlungen zu erlangen genöthiget sey, eine schnellere und minder kostspielige Einbringung zu verschaffen. —

Insbesondere ist die Correal-Verpflichtung von Mitgliedern einer Handlungs-Gesellschaft, um selber dadurch mehr Credit zu verschaffen, gewöhnlich, und wird daher unter ihnen auch vermuthet (§. 1203) [1].

3) Aus einer solchen Verpflichtung erwächst also dem Gläubiger das vollständigste Recht: a) aus den Solidar-Schuldnern Einen (vorzüglich zahlungsfähigen) allein auf das Ganze, oder b) einige (der vereint zahlungsfähigen) unbestimmt auf das Ganze, oder nach den von ihm beliebig bestimmten Antheilen, oder endlich c) alle in eben der beliebigen Art (ohne Rücksicht auf die Antheile, welche etwa die Schuldner an einer Gemeinschaft oder Erwerbs-Gesellschaft haben) zu belangen [2]. Diese Wahl steht dem Gläubiger auch dann zu, wenn gleich ein Anderer von den Mitschuldnern, als der in Anspruch genommene, das Geld empfangen hat. Daher kann ein Mitschuldner der Ausflucht der nicht empfangenen Valuta sich nur dann bedienen, wenn die Valuta auch an Keinem der anderen Mitschuldner ausgezahlt worden ist [3]. — Es scheint keinem Anstande zu unterliegen, daß der in Anspruch Genommene seine Mitverpflichteten zur gemeinschaftlichen Vertheidigung auffordere, und es ist sogar räthlich, daß er dieses nicht vernachlässige, weil es möglich ist, daß einer derselben dem Gläubiger schon eine Zahlung geleistet habe, was ihm dann bey Erhohlung seines Regresses (§. 896) im Wege stehen würde; allein der Berechtigte darf dadurch in Verfolgung seines Anspruches nicht aufgehalten werden. — Da übrigens die Compensation eine Zahlung in Kürze ist (§. 1438), so kann ohne Zweifel auch der in Anspruch genommene Mitschuldner nicht nur seine eigene, sondern auch die compensationsfähige Gegenforderung seines Mitschuldners dem Anspruche des Gläubigers entgegensetzen.

7 *

1) Aus dem Commentar des Herrn Hofrathes v. Zeiller Nr. 2.
2) Eben da Nr. 3.
3) Siehe D. Gustav Alexander Bielitz practischen Commentar zum preußischen Landrechte 1. Thl., S. 755.

4) Hat der Berechtigte Einen oder alle Mitverpflichtete nur für ihren Antheil in Anspruch genommen, so kann er doch wieder davon abgehen, und Einen unter ihnen auf das Ganze belangen, oder auch umgekehrt. Auch kann er wegen der von Einem Verpflichteten ganz oder zum Theil nicht zu erhaltenden Zahlung, jedem der andern, welchem er will, so lange, bis er vollständig befriedigt worden, in Anspruch nehmen.

§. 892.

Hat hingegen Einer mehreren Personen eben dasselbe Ganze zugesagt, und sind diese ausdrücklich berechtiget worden, es zur ungetheilten Hand fordern zu können; so muß der Schuldner das Ganze demjenigen dieser Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht.

1) Der gegenwärtige §. handelt von dem activen Correal-Verhältnisse. — Das österreichische Gesetzbuch folgt auch hier größtentheils den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, nach welchem man zwischen theilbaren und untheilbaren Sachen zu unterscheiden hat. — Bey letzteren gilt der Satz, daß die mehreren Berechtigten ihr gemeinschaftliches Recht auch nur gemeinschaftlich ausüben können (§. 890). Bey theilbaren Sachen ist jeder Gläubiger berechtigt, auf die Herausgabe seines Antheiles zu dringen. — Ist der Antheil des einzelnen Gläubigers nicht bestimmt, so liegt es in der Natur der Sache, daß zuvor die Theilung unter den Gläubigern vorgenommen werde, erst einer derselben eine Klage auf Herausgabe seines Antheils erheben kann; Geldsummen, und andere fungible Sachen gleicher Gattung und Güte, bey denen die eine die Stelle der andern vertritt, sind schon von der Natur aus für getheilt anzusehen.

2) Zuweilen geschieht es aber, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, daß mehrere in einer Gemeinschaft stehende Personen aus wechselseitigem Zutrauen, und zur Schnelligkeit des Verkehres erklären, daß jenes, so der Gemeinschaft gebührt, auch Einem aus ihnen verabfolgt werden dürfe (in welchem Falle

dieser Eine in Bezug auf die Antheile der Uebrigen eigentlich als ein Bevollmächtigter anzusehen ist), oder daß ein Promittent, welcher Mehreren eine und dieselbe Sache verspricht, sich verpflichtet, selbe Einem oder dem Andern zu verabfolgen; und dieser Fall ist es eigentlich, von welchem der gegenwärtige §. spricht.

3) In einem solchen Falle entsteht eigentlich nach österreichischem Rechte eine Correalität der Gläubiger. Die gesetzliche Wirkung derselben ist, daß der Schuldner den versprochenen Gegenstand demjenigen aus diesen Gläubigern entrichten müsse, der ihn zuerst darum angehet. — Wird derselbe aber von keinem Gläubiger darum angegangen, und es liegt ihm daran sich seiner Schuld zu entledigen, so folgt aus der Natur dieses Rechtsverhältnisses, daß es demselben freystehe, die Sache nach Willkühr Einem aus den Gläubigern zu übergeben, und daß er, wenn der Gläubiger die Annahme verweigerte, sich durch gerichtlichen Erlag von seiner Schuld befreyen könne (§. 1425); denn so wie der einzelne Gläubiger berechtiget ist, von dem Schuldner die Sache zu fordern, so ist auch der Schuldner befugt, sie dem einzelnen Gläubiger zu behändigen.

§. 893.

Sobald ein Mitschuldner dem Gläubiger das Ganze entrichtet hat, darf dieser von den übrigen Mitschuldnern nichts mehr fordern, und sobald ein Mitgläubiger von dem Schuldner ganz befriedigt worden ist, haben die übrigen Mitgläubiger keinen Anspruch mehr.

Dieser §. enthält noch eine Bestimmung, welche das Rechtsverhältniß der Correal-Schuldner zu dem Gläubiger, und den Correal-Gläubiger zu dem Schuldner betrifft; und macht somit mit den nachfolgenden §§. den Uebergang zu den gesetzlichen Vorschriften, welche das Rechtsverhältniß der Correal-Schuldner und der Correal-Gläubiger unter sich reguliren. — Uebrigens leuchtet die Gerechtigkeit dieser Vorschrift ein. — Solidarische Schuldner haben nur die Verpflichtung, die versprochene

Sache oder Summe ein Mahl zu bezahlen, und eben so haben die solidarischen Gläubiger nur das Recht die ihnen verheißene Sache oder Summe ein Mahl zu fordern. Hat daher ein Mitschuldner bereits das Ganze entrichtet, so ist das Recht des Gläubigers durch Zahlung erloschen (§. 1412), und der Gläubiger kann von den übrigen nichts mehr fordern; und ist Einer der Mitgläubiger ganz befriediget worden, so erlischt das Recht der übrigen (§. 892 Nr. 3).

§. 894.

Ein Mitschuldner kann dadurch, daß er mit dem Gläubiger lästigere Bedingungen eingeht, den übrigen keinen Nachtheil zuziehen, und die Nachsicht oder Befreyung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, kommt den übrigen nicht zu Statten.

1) Der erste Theil dieser Vorschrift ist klar, und fließt schon aus der (§. 881) aufgestellten Rechtsregel, daß Niemand für einen Andern ein Versprechen machen könne. — So wie das vertragsmäßige Correal-Verhältniß überhaupt darauf beruht, daß mehrere Personen gemeinschaftlich ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand zu leisten versprechen, so ist auch nothwendig, daß, wenn zu der bereits bestehenden Solidar-Verbindlichkeit eine neue hinzutreten soll, eben die mehreren Personen gemeinschaftlich diese neue Verbindlichkeit auf sich zu nehmen erklären. — Hat also z. B. ein solidarischer Schuldner den Zahlungstermin auf eine kürzere Zeit bestimmt, oder für eine unverzinslich verheißene Summe Zinsen zugesichert, so wird dieses Versprechen zwar ihn selbst, nicht aber seine Mitschuldner verbinden.

2) Der zweyte Theil dieser Vorschrift scheint aber mehr eine theilweise Ausnahme von der im §. 881 aufgestellten Regel, als eine consequente Folgerung aus selbem zu seyn. — Denn nach diesem §. kann Niemand für einen Andern ein Versprechen annehmen; und es ist daher der Promittent durch die

von einem Dritten erklärte Annahme an sein Versprechen nicht gebunden. Der letzte Absatz des gegenwärtigen §. redet aber bloß von einer Nachsicht oder Befreyung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, und scheint daher zugleich indirecte den Fall, wo die Befreyung oder Nachsicht einem Mitschuldner ohne Bezug auf seine Person, im Allgemeinen von dem Gläubiger zugesichert, und von ihm angenommen worden ist, dahin zu entscheiden, daß diese Befreyung auch den übrigen Mitschuldnern zu Statten komme. — Obschon die Schlüsse e contrario nicht immer die richtigsten sind, so kann doch die Richtigkeit dieser Auslegung nicht zweifelhaft seyn; denn schon bey Erläuterung des §. 881 wurde bemerkt, daß ein Vertrag gültig sey, wenn es offenbar des Promissärs eigenes Interesse fordert, daß das zum Vortheile eines Dritten gemachte Versprechen erfüllet werde. Ein solcher Vortheil ist aber hier für den Promissär wirklich vorhanden. Denn in dem Falle, als der Gläubiger dem Mitschuldner nur für seine Person eine Nachsicht ertheilt, bleibt letzterer den übrigen Mitschuldnern noch immer zum Ersatze verpflichtet (§. 896), er hat also das stärkeste Interesse daran, daß die Befreyung des Gläubigers nicht auf seine Person beschränkt, sondern auf alle Mitschuldner ausgedehnt werde, weil auch er nur dadurch von seiner Schuld wahrhaft befreyt wird.

§. 895.

Wie weit aus mehreren Mitgläubigern, welchen eben dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand zugesagt worden ist, derjenige, welcher die ganze Forderung für sich erhalten hat, den übrigen Gläubigern hafte, muß aus den besonderen, zwischen den Mitgläubigern bestehenden, rechtlichen Verhältnissen bestimmt werden. Besteht kein solches Verhältniß; so ist einer dem andern keine Rechenschaft schuldig.

1) Von dem Rechtsverhältnisse der Correal-Schuldner gegen den Gläubiger, und der Correal-Gläubiger gegen den

Schuldner (§§. 891 — 894), unterscheidet sich das Verhältniß der Correal-Gläubiger und Correal-Schuldner unter sich. Die Vorschrift des gegenwärtigen §. geht im Einklange mit den Bestimmungen des römischen Rechtes von der Ansicht aus, daß die Correal-Gläubiger als solche unter sich in keinem solchen Rechtsverhältnisse stehen, kraft dessen das versprochene Ganze unter sich getheilt werden müßte [1]; denn das Ganze, sagt Herr Hofrath v. Zeiller, ist jedem einzelnen versprochen, und von jedem einzelnen, wenn nicht verlangt, doch angenommen worden; folglich ist vielmehr zu vermuthen, daß jeder aus ihnen die Absicht hatte, das ihm Zugesagte ganz für sich zu erhalten, nicht aber mit den übrigen zu theilen.

2) Besondere zwischen den Gläubigern bestehende Verhältnisse können nun aber allerdings von der hier aufgestellten Regel eine Ausnahme machen. Ein solches die obige Regel abänderndes Verhältniß ist vorzüglich dann vorhanden, wenn die Gläubiger unter sich ausdrücklich das Uebereinkommen getroffen haben, daß derjenige, dem die schuldige Leistung abgetragen wird, dtn übrigen ihren Antheil herauszahlen solle; aber auch außer einem solchen ausdrücklichen Uebereinkommen, ist der Empfänger zu einer Theilung verpflichtet, wenn die Gläubiger Mitglieder einer Erwerbs-Gesellschaft sind, und der Gegenstand der Leistung sich auf diese beziehet. Daß indessen derjenige, der aus einem solchen Verhältnisse eine Ausnahme von obiger Regel behauptet, den Beweis desselben liefern müsse, liegt in der Natur der Sache. Ist die Pflicht zur Vertheilung ausgemacht, aber zweifelhaft, welcher Antheil jedem Gläubiger gebühre, so tritt

1) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in der Anmerkung, daß das preußische Landrecht die Sache anders entscheide. Allein die Sache genauer betrachtet, ist zu ersehen, daß dieses Landrecht das Correal-Verhältniß der Gläubiger im Sinne des §. 892 gar nicht kenne. Denn es sagt: im 1. Theile, 5. Tit., §. 450. »Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben," und die folgenden §§. 451 — 453 enthalten bloß Anordnungen, die sich auf diesen Fall beziehen. Die Anordnung des §. 450 gilt aber auch nach öst. Rechte, indem nur dann, wenn die mehreren Gläubiger ausdrücklich berechtigt worden sind, das Versprochene zur ungetheilten Hand fordern zu können, eine Correalität der Gläubiger entsteht (§. 892) Von diesem Falle macht aber das preußische Landrecht keine Erwähnung.

die im §. 839 aufgestellte Vermuthung ein, daß die Antheile gleich groß seyn.

§. 896.

Ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtiget, auch ohne geschehene Rechtsabtretung, von den Uebrigen den Ersatz, und zwar, wenn kein anderes Verhältniß unter ihnen besteht, zu gleichen Theilen zu fordern. War Einer aus ihnen unfähig, sich zu verpflichten, oder ist er unvermögend, seiner Verpflichtung Genüge zu leisten; so muß ein solcher ausfallender Antheil ebenfalls von allen Mitverpflichteten übernommen werden. Die erhaltene Befreyung eines Mitverpflichteten kann den übrigen bey der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig seyn (§. 894).

1) Ganz ein anderes Verhältniß tritt bey Correal-Schuldnern ein; denn dadurch, daß sich die Schuldner dem Gläubiger zur ungetheilten Hand verpflichteten, haben sie von der im §. 889 aufgestellten Regel, daß aus mehreren Mitschuldnern einer theilbaren Sache jeder bloß für seinen Antheil hafte, nur zu Gunsten des Gläubigers eine Ausnahme gemacht, das Verhältniß der Mitschuldner unter sich ist dadurch nicht geändert worden. Dem Gläubiger steht ja frey, jeden Mitschuldner um seinen Antheil zu belangen; hat daher einer derselben das Ganze bezahlt, so hat er zum klaren Vortheile der übrigen Mitschuldner gehandelt, und sie sind daher schon nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatz verbunden (§. 1036). Ja noch mehr, da die Mitschuldner gemeinschaftlich sich dem Gläubiger verpflichten, so ist in dieser Verpflichtung zugleich die Berechtigung gegenseitig ausgesprochen, daß jeder der Mitschuldner dem Gläubiger auch den Antheil der übrigen bezahlen dürfe; der Zahler ist daher nicht nur Geschäftsführer

ohne Auftrag, sondern als Bevollmächtigter der übrigen Mitschuldner anzusehen, und er ist sohin schon nach §. 1014 den Ersatz des gemachten Aufwandes, mit Abzug desjenigen Theils, der ihn als gemeinschaftlichen Mitschuldner selbst betrifft, von den übrigen Mitschuldnern anzusprechen berechtiget.

2) Darum verordnet auch der gegenwärtige §., daß ein solcher Solidar-Mitschuldner berechtiget sey, auch ohne Rechtsabtretung von den übrigen den Ersatz zu gleichen Theilen zu verlangen, wenn nicht aus ihrem wechselseitigen Verhältnisse erhellet, daß der Ersatz, wie z. B. in einer Handlungs-Gesellschaft (§§. 1193 u. 1197) zu ungleichen Antheilen, oder nur von Einem (aus dessen Verschulden z. B. die Sache, deren Werth dem Gläubiger zu ersetzen war, zu Grunde gegangen ist), oder einigen Correal-Schuldnern zu deren Vortheile sich die übrigen als Zahler verbunden haben (§. 1375), geleistet werden soll [1]). Indessen wird es dem zahlenden Mitschuldner immerhin zum Vortheile gereichen, wenn er sich das Recht des Gläubigers ordentlich abtreten läßt; weil er dann nicht gebunden ist, jedem Mitschuldner erst um seinen Antheil zu belangen, sondern das Recht des Gläubigers in Ausführung bringen kann, von einem einzigen Mitschuldner das Ganze zu verlangen (§. 891). — Man könnte zwar dagegen einwenden, daß der §. 1358 anordne, daß derjenige, welcher die Schuld eines Anderen bezahlt, in die Rechte des Gläubigers (ipso facto) eintrete; und daher mit der Zahlung einer fremden Schuld der Uebergang des Rechtes des Gläubigers in die Rechtssphäre des Zahlers eben mit der Ausdehnung verbunden sey, als wenn der Gläubiger seine Forderung an ihn ausdrücklich abgetreten hätte; sohin auch zwischen den Folgen der freywilligen, und der vermög der Vorschrift des Gesetzes angeordneten Abtretung kein Unterschied gemacht werden dürfe. — Allein im Verhältnisse des Solidar-Schuldners zu dem Gläubiger kann man nicht sagen, daß derselbe die Schuld eines Anderen bezahle; ersterer hat sich gegen letzteren zur Zahlung des Ganzen verbunden, er hat daher, wenn er die Zahlung an

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

den Gläubiger leistet, nur das erfüllet, zu was er sich verpflichtet hat. — Ferners sind die Folgen der ausdrücklichen, freywilligen Abtretung durch den §. 1394 dahin bestimmt, daß der Uebernehmer in Rücksicht auf die überlassene Forderung ganz in die Rechte des Ueberträgers eintrete; wenn nun das Gesetz in Ansehung der nothwendigen schon vermöge der Vorschrift des Gesetzes angeordneten Abtretung gewisse Modificationen und Beschränkungen festsetzt, so folgt daraus nicht, daß dieselben auch auf die ausdrückliche, freywillige Abtretung angewendet werden müssen. Zudem kömmt noch Folgendes in Erwägung zu ziehen: Nach §. 891 steht es dem Gläubiger frey, von jedem einzelnen Schuldner das Ganze oder auch nur jenen Antheil zu fordern, welchen er in Bezug auf seine Mitschuldner nach Vorschrift des gegenwärtigen §. zur Zahlung der Schuld beyzutragen verpflichtet ist. — Dem Gläubiger steht daher auch frey, den gedachten Mitschuldner von der Verpflichtung, mehr als seinen Antheil zu bezahlen, zu befreyen. Bezahlt er nun in diesem Falle dennoch die ganze Schuld, so ist es in Ansehung des Ueberrestes so viel, als wenn ein Dritter die Schuld der Uebrigen bezahlt hätte; wie also dieser in das dem Gläubiger im §. 891 eingeräumte Recht eintritt, so auch dieser Mitschuldner. Aus dem Gesagten ziehe ich die Folgerung, daß in dem Falle, als ein Mitschuldner das Ganze bezahlt, derselbe zwar nicht schon vermöge gesetzlicher Anordnung vollständig in die Rechte des Gläubigers eintrete, daß es aber dem Gläubiger freystehe, durch eine ausdrückliche Anordnung, sie bestehe nun entweder in der Befreyung des Schuldners von der Mehrzahlung, oder in einer ausdrücklichen Abtretung, den zahlenden Mitschuldner vollständig in seine Rechte einzusetzen.

3) Zeigt sich, daß einer (oder einige) der Mitschuldner sich zu verpflichten unfähig war (§. 865), oder seinen Antheil zu leisten unvermögend sey; so muß nach Vorschrift des gegenwärtigen §. dessen ausfallender Antheil von allen übrigen, und zwar ohne Zweifel, nach dem Verhältnisse ihrer Antheile, mit Einschluß desjenigen, der das Ganze geleistet hat, übernommen und getragen werden. — Durch diese Anordnung erleidet auch das

Recht des Mitschuldners, der das Ganze geleistet hat, bey der von Seite des Gläubigers geschehenen ausdrücklichen Rechtsabtretung eine große Beschränkung; denn der Hauptvortheil des dem Gläubiger im §. 891 eingeräumten Rechtes bestehet eben darin, daß es ihm frey steht, den vermöglichern Mitschuldner zu belangen, und er sich darum nicht mehr zu kümmern habe, ob dieser von seinen übrigen Mitschuldnern den Ersatz erlange oder nicht. Der Mitschuldner aber, der das Ganze entrichtet, und dem der Gläubiger sein Recht abgetreten hat, ist für jeden Fall verpflichtet, im Falle der Unvermögenheit eines der Mitschuldner, zur Bezahlung seines Antheiles beyzutragen. Der Vortheil, der ihm aus der ausdrücklichen Rechtsabtretung sohin erwächst, ist einzig der, daß er die Last der Eintreibung von den unvermöglicheren Mitschuldnern auf einen andern wälzt, welches z. B. für ihn dann von besonderem Vortheile seyn kann, wenn er an einen der Mitschuldner gleichfalls eine Schuld abzutragen hat, und daher seine eigene Schuld mit der Verpflichtung des Anderen compensiren kann.

4) Da der Gläubiger nur den Rechten entsagen kann, die ihm für seine Person an die Mitschuldner zustehen, keineswegs aber berechtigt ist, in die Rechtsverhältnisse der Mitschuldner unter sich inzugreifen, so versteht sich wohl von selbst, was in dem gegenwärtigen §. ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die erhaltene Befreyung eines Mitverpflichteten den übrigen bey der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig seyn könne. Darum eben kann auch die Verzichtleistung des Gläubigers auf das Recht, von dem Mitschuldner, der seinen Antheil entrichtet hat, mehr als diesen zu fordern, dem Rechte des den bleibenden Rest zahlenden Mitschuldners, im Falle er den vollständigen Ersatz von den übrigen nicht erhalten kann, auch noch den ersteren in das Mitleiden zu ziehen, keinen Eintrag thun.

§. 897.

Nebenbestimmungen bey Verträgen: 1) Bedingungen.

In Ansehung der Bedingungen bey Verträgen gelten überhaupt die nähmlichen Vorschriften, wel-

che über die den Erklärungen des letzten Willens beygesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind.

1) Außer den wesentlichen und natürlichen Bestimmungen der Verträge, von welchen in den vorhergehenden §§. gehandelt worden ist, gibt es auch zufällige oder Nebenbestimmungen, welche einzig von der willkührlichen Verabredung der vertragmachenden Theile abhängen. Diese können natürlich sehr mannigfaltig seyn, und das Gesetz kann sich daher nur auf die vorzüglichsten und am häufigsten vorkommenden beschränken.

2) So wie bey letzten Willens-Erklärungen, so werden auch bey Verträgen von den Parteyen häufig Bedingungen beygerückt, und die Erwerbung des Rechtes von Seite der einen oder anderen Partey davon abhängig gemacht. Da nun das Gesetzbuch die Lehre von Bedingungen bereits in dem zwölften Hauptstücke von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens abgehandelt hat, so wird sich hier im Allgemeinen darauf berufen und diese allgemeinen Vorschriften auch bey Verträgen als Regel aufgestellt.

§. 898.

Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bey einem letzten Willen für nicht beygesetzt angesehen werden, sind ungültig.

1) Hier folgt gleich die Hauptausnahme, daß Bedingungen, welche in letzten Willens-Erklärungen für nicht beygesetzt zu halten sind, die Verträge ungültig machen. — Als Grund des Unterschiedes gibt Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare Folgendes an: „Letzte Willens-Erklärungen werden einseitig von dem Erblasser zum Vortheile der bedachten Person errichtet. Läßt er sich in seiner Anordnung eine Unbesonnenheit zu Schuld kommen; so wäre es höchst unbillig, daß deßwegen die schuldlose, bedachte Person den Nachlaß verlieren soll. Verträge dagegen werden mit wechselseitiger Einwilligung geschlossen. Jeder Theil muß es sich selbst zurechnen, daß er ein Recht von einer Bedingung abhängen läßt, welche

nach dem Gesetze nicht bestehen kann." Allein dieser Grund würde nur dann zur Rechtfertigung dieser Anordnung zweckdienlich seyn, wenn der Gesetzgeber bey letzten Willens-Erklärungen aufschiebende Bedingungen als nicht beygesetzt zu achten verordnet hätte; aber er erklärt im §. 698 nur auflösende unmögliche oder unerlaubte Bedingungen für nicht beygesetzt. Auflösende Bedingungen sind aber solche, wo das Aufhören des Rechtes von einer Ereignung abhängig gemacht wird (§. 696 Nr. 7), und daher würde der hier angegebene Grund vielmehr gegen diese gesetzliche Anordnung streiten, weil man nach diesem zu behaupten berechtiget wäre, daß es sich der Promittent selbst zurechnen müsse, wenn er das Aufhören des Rechtes von einer Ereignung abhängig gemacht hat, welche nach den Gesetzen nicht herbeygeführt werden darf [1]).

2) Als Grund der Anordnung, daß auflösende Bedingungen bey letzten Willens-Erklärungen für nicht beygesetzt anzusehen seyen, hat vielmehr Herr Hofrath v. Zeiller bey Commentirung des §. 698 Nr. 5 selbst angegeben, weil man in dem Falle, als eine auflösende (bejahende oder verneinende) unmögliche Bedingung gesetzt wird, sicher ist, daß sie nicht eintreffen und das Recht nicht auflösen werde. Dieser Grund streitet aber auch offenbar für die Gültigkeit eines Vertrages, welchem eine solche Bedingung beygerückt wird. Soll der Vertrag ungültig seyn, durch welchen der Vater seinem Sohne sein Haus abtritt, jedoch mit dem Beysatze, daß er ihm dasselbe wieder übergeben müsse, wenn er die Anna (welche bereits gestorben ist,) ehelichet? — Nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. scheint diese Frage

1) Das gallizische Gesetzbuch scheint zwar (3. Th., 1. Hptst., §. 29) der Ansicht Zeillers das Wort zu sprechen, da es daselbst sagt: »Was in Ansehung der Bedingungen bey letztwilligen Verordnungen Rechtens ist, gilt überhaupt auch bey Verträgen, mit der Ausnahme, daß unmögliche oder unerlaubte Bedingungen, welche einem Testamente seine Wirksamkeit nicht benehmen, die Kraft und Gültigkeit der Verträge aufheben. Vertragende Theile können dergleichen Ungereimtheiten ausweichen. Erben und Legatarien können es nicht." Allein man muß nicht übersehen, daß das gall. Gesetzbuch, 2. Th., 14. Hptst., §. 485 auch aufschiebende unmögliche oder unerlaubte Bedingungen bey Testamenten als nicht beygesetzt ansieht.

allerdings bejahend beantwortet werden zu müssen, weil die hier dem Vertrage angehängte Bedingung bey einer letzten Willens-Erklärung offenbar als nicht beygesetzt angesehen werden müßte; und da ich bey Erläuterung des §. 6 selbst nachzuweisen suchte, daß die von einigen Rechtslehrern aufgestellten Regeln: ubi eadem ratio, eadem legis dispositio, dann cessante ratione legis, cessat et ejus dispositio dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches nicht entsprechen, so scheint auch für mich die Nothwendigkeit vorhanden zu seyn, obige Frage zu bejahen. — Allein dergleichen auflösende unmöglichen Bedingungen können nur in formeller, aber nicht in materieller Hinsicht mehr unter die Bedingungen gerechnet werden, eben darum, weil bey diesen kein Recht von einer Ereignung abhängig gemacht wird; denn eben daraus weil das befürchtete Ereigniß gar nicht eintreffen kann, steht das eingeräumte Recht als ein unabhängiges da, — es ist also keine eigentliche Bedingung mehr vorhanden. Wirkliche, aber nicht bloß scheinbare Bedingungen setzt der gegenwärtige §. voraus.

3) Der gegenwärtige §. kann also nur von den im §. 698 erwähnten unerlaubten Bedingungen gelten. In welchem Sinne hier der Ausdruck „unerlaubte auflösende Bedingung" zu nehmen sey, wurde bereits bey Erläuterung des §. 698 Nr. 7 angegeben. Solche unerlaubte Bedingungen setzen Ereignisse voraus, deren Eintreffen allerdings möglich ist. Man könnte hier versucht werden, die Frage zu stellen, was dann Rechtens sey, wenn die auflösende unerlaubte Bedingung zugleich eine unmögliche ist? — Allein aus der citirten Stelle meines Commentars ist es ersichtlich, daß es eine auflösende unerlaubte Bedingung, die zugleich unmöglich wäre, gar nicht geben könne. — Was ist nun aber der gesetzliche Grund, warum in Ansehung der auflösenden unerlaubten Bedingungen zwischen letzten Willens-Erklärungen und Verträgen ein Unterschied gemacht ist? Offenbar der: weil der Promissär, der das Versprechen des einen Theils unter einer solchen Bedingung annimmt, sich jeder Begünstigung unwerth macht, und gleiche Behandlung wie der Promittent verdient.

§. 899.

Ist die in einem Vertrage vorgeschriebene Bedingung schon vor dem Vertrage eingetroffen, so muß sie nach dem Vertrage nur dann wiederhohlet werden, wenn sie in einer Handlung dessen, der das Recht erwerben soll, besteht, und von ihm wiederhohlet werden kann.

Diese gesetzliche Vorschrift ist ganz ähnlich derjenigen, welche das Gesetzbuch §. 701 bey letzten Willens-Erklärungen festgesetzt hat. Doch waltet zwischen beyden ein Unterschied ob; denn bey letzten Willens-Erklärungen kommt es nicht auf den Zeitpunct, an welchem sie errichtet sind, sondern lediglich auf den Moment des Todes des Erblassers an, welcher Zeitpunct auch der Regel nach derjenige ist, an welchem das Erbrecht in Erfüllung geht (§. 536). Wenn daher die in dem Vertrage festgesetzte Bedingung erst nach Errichtung desselben, jedoch noch vor dem bedungenen Zeitpuncte der Erfüllung eintrifft, so darf sie in keinem Falle wiederhohlet werden. Uebrigens gilt hier eben dasselbe, was bey §. 701 bemerkt worden ist.

§. 900.

Ein unter einer aufschiebenden Bedingung zugesagtes Recht geht auch auf die Erben über.

Auch diese Anordnung ist eine Abweichung von den bey letzten Willens-Erklärungen festgesetzten gesetzlichen Bestimmungen; denn das unter einer aufschiebenden Bedingung Jemanden zugesagte Erbrecht geht in dem Falle, als der eingesetzte Erbe vor Erfüllung der Bedingung stirbt, auf seine Erben nicht über (§. 703).

§. 901.

2) Beweggrund.

Haben die Parteyen den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur

Bedingung gemacht, so wird der Beweggrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Außerdem haben dergleichen Aeußerungen auf die Gültigkeit entgeldlicher Verträge keinen Einfluß. Bey den unentgeldlichen aber sind die bey letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.

1) Keine Willens-Erklärung läßt sich ohne einen Beweggrund dazu denken; denn die erstere ist nur das Product des letzteren. Hieraus ergibt sich von selbst, daß zwischen den Beweggrund und der Bedingung ein großer Unterschied Statt findet; indem erstere bloß in der Vorstellung des Erklärenden beruht, die den zureichenden Grund seiner Erklärung enthält, und daher eigentlich in den Inhalt der letzteren nicht gehörig ist; die Bedingung aber einen Theil des Inhaltes der Erklärung selbst ausmacht, und daher auch nothwendig ausdrücklich und stillschweigend geäußert werden muß. Das, was hier von dem Beweggrunde gesagt worden ist, gilt auch von dem Endzwecke.

2) Wenn man diesen Unterschied gehörig beachtet, so wird in jedem vorkommenden Falle leicht zu beurtheilen seyn, ob die bey einer Willens-Erklärung erwähnte Thatsache die Bedingung oder der Beweggrund derselben ist. — Dadurch, daß der Beweggrund bey der Erklärung ausdrücklich angegeben wird, wird seine Natur nicht verändert. Wird bey einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Thatsache, als eine solche, die entweder schon geschehen ist, oder noch geschehen soll, bloß vorausgesetzt, ohne daß das Recht, welches in dieser Erklärung Jemanden zugesichert wird, ausdrücklich von der Existenz dieser Thatsache oder Begebenheit abhängig gemacht wird, so ist sie nur als ein Beweggrund anzusehen.

3) Erhellet aber aus den Worten des Erklärenden, daß er das Recht nur in der Voraussetzung der wirklichen Existenz der bestimmten Begebenheit oder Thatsache zugesichert habe, so ist eben dadurch der Beweggrund zur Bedingung gemacht,

und es gilt hier natürlich ganz das Nähmliche, was von den Bedingungen überhaupt vorgeschrieben ist. Herr Hofrath v. Zeiller führt als Beyspiel an: wenn Jemand den gehofften künftigen Schwiegersohne ein Heirathsgut verspricht, und die Ehe nicht zu Stande kommt, oder wenn ein Kaufmann Oehl bestellet, damit er seine Kunden zur Beleuchtung an einem bestimmten Tage versehen könne, und die Waare nicht zu gehöriger Zeit abgesendet wird.

4) Auf verborgen gehaltene Beweggründe ist bey Verträgen, die in Gemäßheit der Erklärung des Willens abgeschlossen werden (§. 869), auch dann, wenn sie in der Folge deutlich bewiesen werden wollten, kein Bedacht zu nehmen; ja, selbst in dem Falle, als der Beweggrund wirklich geäußert würde, hat diese Aeußerung in der Regel auf den Vertrag keinen Einfluß, theils, weil nicht gewiß ist, ob nicht der Promittent noch andere Gründe zur Schließung des Vertrages in seinem Innern verborgen halte, theils, weil dem Promissär nicht aufgebürdet werden kann, sich von der Wahrheit der vorausgesetzten Thatsache oder Begebenheit die Ueberzeugung zu verschaffen.

5) Insbesondere hat die Entdeckung des Beweggrundes oder die geäußerte Absicht auf die Gültigkeit entgeldlicher Verträge keinen Einfluß, weil bey diesen nur jeder Theil seinen eigenen Vortheil bezielet, und dem einen Theile nicht zugemuthet werden kann, in die Frage einzugehen, ob der andere Theil auch wirklich dadurch denjenigen Vortheil erlange, den er durch die Schließung des Vertrages auf seiner Seite bezielet. — Eine Ausnahme hiervon würde nur der Fall begründen, wenn der Promittent durch die falschen Angaben des Promissärs, oder auch eines Dritten, jedoch mit Wissen und Willen desselben, zum Versprechen verleitet worden wäre (§§. 871 u. 875).

6) Unentgeldliche Verträge beruhen so wie letzte Willens-Erklärungen auf bloßer Freygebigkeit; in diesem Merkmahle treffen daher die unentgeldlichen Verträge und die letzten Willens-Erklärungen zusammen, und nur in der Form sind sie verschieden. Darum muß das Innere, was die Materie anbe-

langt, bey jenen eben das gelten, was in Ansehung letzter Willens-Erklärungen vorgeschrieben ist. — Bey entgeldlichen Verträgen wirkt eigentlich nur die Vorstellung des Gegenstandes, den jeder Theil durch den Vertrag in seine Rechtssphäre zu bringen sucht, unmittelbar auf den Entschluß, den Vertrag einzugehen; der Zweck, den er durch die Schließung des Vertrages zu erreichen sucht, liegt entfernter. Bey unentgeldlichen Verträgen, so wie bey letzten Willens-Erklärungen, ist aber der Beweggrund die einzig zureichende Ursache des gemachten Versprechens; es ist daher auch ganz natürlich, daß hier andere Bestimmungen Platz greifen müssen. — So wie eine letzte Willens-Erklärung in dem Falle, als erwiesen werden kann, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf dem angegebenen irrigen Beweggrunde beruht habe, ungültig ist, so ist ein Gleiches auch bey unentgeldlichen Verträgen der Fall.

7) Ist in einem Vertrage ein Zweck zwar nicht zur Bedingung gemacht, aber in Gestalt eines Auftrages festgesetzt worden; so sind die obigen Vorschriften (§§. 709 — 777) vor Augen zu haben.

§. 902.

3) Zeit, Ort und Art der Erfüllung.

Verträge müssen zu der Zeit, an dem Orte und auf die Art vollzogen werden, wie es die Parteyen verabredet haben. Nach dem Gesetze werden 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monath, und 365 Tage für ein Jahr gehalten.

1) Der erste Theil des gegenwärtigen §. folgt ganz aus der Natur eines Vertrages, indem sich die aus demselben entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten der Regel nach lediglich auf die gegenseitige übereinstimmende Willens-Erklärung gründen. — Uebrigens gilt gegenwärtige Vorschrift sowohl für den Promittenten als den Promissär, d. i. der Promittent muß seine Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit erfüllen, er kann aber auch

vor der Zeit zur Erfüllung derselben nicht angehalten werden; der Promissär dagegen muß die Erfüllung zur verabredeten Zeit geschehen lassen, indem sonst das Gesetz dem Promittenten andere Mittel an die Hand gibt, sich von seiner Verpflichtung zu befreyen, und die Gefahr der zu leistenden Sache auf den Promissär zu wälzen (§. 1425), er kann aber auch der Regel nach nicht gezwungen werden, die Erfüllung vor der bedungenen Zeit geschehen zu lassen (§. 1413). Ausnahmen von der letzteren Regel kommen in dem Gesetzbuche bey jenen Verträgen vor, welche bloß zu Gunsten des Promissärs geschlossen werden (§§. 962 u. 977). Was aber früher geleistet worden ist, kann aus dem Grunde nicht wieder zurückgefordert werden.

2) Gewöhnlich wird die Frist nach Tagen, Monathen und Jahren bestimmt. Die Anordnung, daß der Tag zu 24 Stunden angenommen, folglich die Nacht mit eingerechnet werde, dann daß die Monathe, ungeachtet ihrer Verschiedenheit, zu 30 Tagen, das Jahr, ohne Rücksicht auf ein Schaltjahr, zu 365 Tagen festgesetzt worden, geschah der leichteren, gleichförmigeren Berechnung wegen, und es wird, wie v. Zeiller bemerkt, diese Berechnung nicht bloß für die Lehre bey Verträgen, sondern allgemein festgesetzt.

§. 903.

Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben. Zur Erfüllung der Verbindlichkeit aber kommt dem Verpflichteten der ganze bestimmte Tag zu Statten.

Diese Vorschrift ist klar, und hat auch bey anderen Rechtsgegenständen, und nicht bloß bey Verträgen, Statt (§. 685).

§. 904.

Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden; so kann sie sogleich, nähmlich, ohne unnöthigen Aufschub gefordert

werden. Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkühr vorbehalten; so muß man entweder seinen Tod abwarten, und sich an den Erben halten; oder, wenn es um eine bloß persönliche, nicht vererbliche, Pflicht zu thun ist, die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festsetzen lassen. Letzteres findet auch dann Statt, wenn der Verpflichtete die Erfüllung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen hat. Uebrigens müssen die Vorschriften, welche oben (§§. 704 — 706) in Rücksicht der den letzten Anordnungen beygerückten Zeitbestimmung gegeben worden, auch hier angewendet werden.

1) Wenn bey einem Vertrage Zeitbestimmungen hinzugefügt worden sind, so ist vor Allem darauf zu sehen, ob das dem Promissär eingeräumte Recht selbst, oder nur die Erfüllung der Verbindlichkeit von dieser Zeitbestimmung abhängig gemacht wird. — Ich will diesen hier angedeuteten Unterschied sogleich durch ein Beyspiel beleuchten. Setzen wir den Fall: A, der krank darnieder liegt, stelle eine Schenkungsurkunde aus, worin er sich verpflichtet, dem B an dem Tage, wo ihn sein Arzt ganz außer Gefahr erklären wird, Ein Hundert Gulden zu übergeben. In diesem Falle ist das Recht des B, die 100 fl. von dem A zu fordern, von dem Eintreffen des Zeitpunctes, an welchem der Arzt den A außer Gefahr erklären wird, abhängig gemacht, und wenn daher der A stirbt, so hört das Recht des B auf (§§. 699, 704 u. 706). Nehmen wir dagegen einen anderen Fall an. Der kranke A sey dem B 100 fl. aus einem Darlehen schuldig; der letztere begehrt die Zahlung, der A stellt dagegen seine traurige Lage vor, daß er gegenwärtig keinen Erwerb habe, und die Krankheit ihm viele Kosten verursache, und sichert dem B die Zahlung zu, wenn er gesund werden wird. Der B nimmt diesen Antrag an, und

verspricht bis zur Genesung des A zu warten. In diesem Falle bezweckten die Parteyen offenbar nicht, das Recht der Forderung des B selbst, sondern nur die Erfüllung der Verbindlichkeit von dem Zeitpuncte der Genesung abhängig zu machen, und wenn daher der A stirbt, so hat, wie weiter unten umständlicher erörtert werden wird, der B allerdings das Recht, die 100 fl. von den Erben des A zu fordern.

2) Wird nun die Zeitbestimmung auf eine solche Art beygerückt, daß aus den Worten zu entnehmen ist, daß die Parteyen das Recht oder die Verpflichtung selbst, nicht die bloße Realisirung derselben, von dem bestimmten Zeitpuncte abhängig machen wollen, so sind, wie der Schluß des gegenwärtigen §. anordnet, die Vorschriften, welche oben (§§. 704 — 706) in Rücksicht der den letzten Anordnungen beygerückten Zeitbestimmung gegeben worden, anzuwenden. Ist der Zeitpunct von der Art, daß er kommen muß, so ist der hier gemachte Unterschied von keinem practischen Einflusse, weil in einem solchen Falle das zugedachte Recht sogleich erworben, und nur die Erfüllung oder Realisirung des Rechtes bis zum gesetzten Termine verschoben bleibt (§. 705). Die practische Wichtigkeit der obigen Bemerkung stellt sich aber klar in dem Falle dar, wenn es ungewiß ist, ob der Zeitpunct kommen oder nicht kommen werde, da in diesem Falle das Recht selbst von dem Eintreffen oder Nichteintreffen dieses Zeitpunctes abhängig gemacht wird (§§. 696 u. 704).

Uebrigens ist der hier oben (Nr. 1) gemachte Unterschied selbst in dem §. 705 begründet, da derselbe ausspricht, daß in dem hier gesetzten Falle nicht das Entstehen des Rechtes selbst, sondern bloß die Realisirung desselben bis zum gesetzten Zeitpuncte verschoben bleibe. — Auch aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. selbst ist zu entnehmen, daß in der berührten Beziehung zwischen dem Entstehen der Verbindlichkeit und der Erfüllung derselben ein Unterschied obwalte. — Denn wenn Jemand sich erkläret, daß er einer Person eine Leistung, zu der er ohnehin nicht schon verbunden ist, bloß nach seiner Willkühr machen werde, — so wird dadurch weder für ihn, noch für seine Erben eine Verbind-

lichkeit gegründet; — denn ein Vertrag setzt ein angenommenes Versprechen voraus, und die Annahme kann unter keinen anderen Bestimmungen erfolgen, als das Versprechen geschehen ist (§. 869); wollte daher derjenige, dem die Leistung unter dem Vorbehalte der Willkühr versprochen worden ist, auf Erfüllung derselben dringen, so würde er eben dadurch darthun, daß er die Willkühr des Promittenten beschränken wolle, und sohin das Versprechen nicht unter den nähmlichen Bestimmungen angenommen habe, als es geschehen ist. Daß sich die Sache aber in dem Fall anders verhalte, wenn bloß die Erfüllung einer bereits existirenden Verpflichtung der Willkühr des Verpflichteten vorbehalten worden ist, lehrt der Inhalt des gegenwärtigen §.

3) Handelt es sich nicht um das Entstehen der Verbindlichkeit selbst, sondern lediglich um die Erfüllung derselben, so ist zu unterscheiden, ob für die Erfüllung des Vertrages eine gewisse Zeit bestimmt worden ist oder nicht. — Was in dem ersten Falle Rechtens sey, wurde bereits bey Erläuterung des §. 902 bemerkt. Ist der Vertrag ohne Zeitbestimmung geschlossen worden, so tritt das Recht und die Verbindlichkeit sogleich ein, nun erheischt es nicht nur die Forderung der Billigkeit, sondern selbst die des Rechtes (§. 878), dem Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine solche Frist zu gestatten, die vermöge des gewöhnlichen Ganges der Dinge und menschlichen Handlungen zur Erfüllung eines Versprechens nach Verschiedenheit der Gegenstände als nothwendig sich darstellet. Im Falle eines Streites wird, wie v. Zeiller bemerkt, zugleich auf die Natur des Geschäftes, auf den Zweck, wozu der Vertrag geschlossen worden ist (z. B. eine höchst dringende Schuld für einen Andern tilgen zu wollen), auf die Auslegungsregeln (§§. 914 u. 915) und, wenn von Leistung einer Arbeit die Rede ist, allenfalls auch auf die Aussage von Sachverständigen, Rücksicht zu nehmen seyn.

4) Hat Jemand bloß sein Vorhaben geäußert, den Andern Etwas leisten zu wollen, jedoch die wirkliche Uebertragung des Rechtes an den Andern nach seiner Willkühr vorbehalten, daher das Recht selbst von seiner Willkühr abhängig

gemacht, so entsteht dadurch weder für ihn selbst bey seinem Lebzeiten, noch erst nach seinem Tode für seine Erben eine Verbindlichkeit. — Wenn er aber die Leistung selbst ganz unbedingt zugesichert, und der Andere das gemachte Versprechen auch angenommen hat, und nur die Zeit der Erfüllung der Willkühr des ersteren vorbehalten worden ist, so kann sie dieser in der Regel bis zum Ende seiner Lebenszeit verschieben, mithin nur sein Erbe dazu angehalten werden.

5) Eine Ausnahme von dieser Bestimmung tritt nur dann ein, wann die versprochene Leistung von der Art ist, daß sie nur auf die Person des Versprechers eingeschränkt ist, und die übernommene Verpflichtung auf den Erben nicht übergeht; z. B. wenn sich ein Künstler anheischig gemacht hat, eine Kunstarbeit zu liefern. In diesem Falle ist der Promissär berechtigt, die Erfüllungszeit von dem Richter festsetzen zu lassen, der dabey auf die beyderseitigen Verhältnisse der Contrahenten, dann auf die Art des Vertrages, ob er entgeldlich oder unentgeldlich geschlossen wurde, billige Rücksicht zu nehmen, und diesen Verhältnissen angemessen seinen Ausspruch zu fällen hat. — Das Nähmliche ist Rechtens, wenn Jemand die Leistung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen hat.

6) Es entsteht hier die Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn Jemand die Erfüllung des Vertrages (nicht das Entstehen des Rechtes selbst) auf einen Zeitpunct festgesetzt hat, von dem es ungewiß ist, ob er kommen oder nicht kommen werde? — Dieser Fall kann nicht unter dem §. 704 gestellet werden; denn dieser redet von dem Falle, wo Jemand das zugedachte Recht selbst auf einen Zeitpunct eingeschränkt hat, wo jedoch im Falle der Voraussetzung das Recht selbst bereits besteht, und durchaus von keiner Ereignung abhängig gemacht, sondern nur die Realisirung desselben auf einen bestimmten Zeitpunct beschränkt ist. Wie z. B., wenn Jemand, der sichere Hoffnung, eine bestimmte Anstellung zu erhalten, in sich nähret, ein Darlehen aufnimmt, und dem Anleiher verspricht, das Darleihen zurückzuzahlen, wenn er die bestimmte Anstellung erhält. — Daß der Darleiher hier in so lange auf

Zahlung nicht dringen könne, als noch Hoffnung vorhanden ist, daß der Entlehner die bestimmte Anstellung erhalten werde, scheint ausgemacht; was ist aber in dem Falle Rechtens, wenn es sich in der Folge zeiget, daß er diese Anstellung nie erhalten, folglich die Zeit, welche zur Erfüllung der Verbindlichkeit festgesetzt ist, nie kommen werde? — Ich glaube, man müsse hier unterscheiden, ob es aus den Worten, mit welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit zugesichert worden ist, oder aus den Umständen erhelle, daß der bestimmte Zeitpunct der Erfüllung aus dem Grunde festgesetzt worden ist, weil der Verpflichtete sich bey Eintreffen dieses Zeitpunctes in die Lage versetzt glaubte, sein Versprechen ohne Ungemächlichkeit in Erfüllung bringen zu können, oder ob die Bestimmung dieses Zeitpunctes lediglich aus Willkühr gemacht worden sey. Im ersteren Falle wird dann die Sache so anzusehen seyn, als ob der Promittent die Erfüllung seines Versprechens nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen, im zweyten Falle dagegen, als ob er die Erfüllungszeit lediglich seiner Willkühr vorbehalten hätte. Was aber in diesen beyden Fällen Rechtens sey, ist so eben gesagt worden.

§. 905.

Wenn der Ort, wo der Vertrag erfüllet werden soll, weder aus der Verabredung, noch aus der Natur, oder dem Zwecke des Geschäftes, bestimmet werden kann; so werden unbewegliche Sachen an dem Orte, wo sie liegen, bewegliche aber an dem Orte, wo das Versprechen gemacht worden ist, übergeben. In Ansehung des Maßes, des Gewichtes und der Geldsorten ist auf den Ort der Uebergabe zu sehen.

1) Der Ort, wo ein Vertrag, er betreffe Sachen, Rechte oder Handlungen, erfüllet werden soll, wird oft ausdrücklich bestimmt, oft ergibt er sich aus der Natur und dem Zwecke des Geschäftes. So ist es, wie v. Zeiller bemerkt, natürlich, daß

Dienste, welche unmittelbar die Person des Bestellers angehen, dort, wo sie wohnt, jene aber, welche die Bearbeitung oder Verwaltung eines Gutes betreffen, an dem Orte, wo es liegt, zu leisten; ferner, daß Materialien zur Führung eines Baues an dem Bauorte, und Verpflegungs-Gegenstände für Truppen dorthin, wo sie stehen, zu liefern sind u. dgl. Sind mehrere Orte verbunden genannt, so wird nach den Vorschriften des römischen Rechtes die Leistung zwischen denselben getheilt; sind sie aber alternativ angegeben, so hat bis zur Klage der Schuldner die Wahl, nach angestellter Klage aber muß die Leistung an dem Kläger in der Klage bestimmten Orte erfolgen [1]). Das preußische Landrecht sagt [2]). „Wenn mehrere Orte zur Erfüllung bestimmt sind, so hat im zweifelhaften Falle der Verpflichtete die Wahl, an welchem derselben er erfüllen wolle." Der erstere Fall wird auch nach österreichischem Rechte ganz so, wie nach dem römischen, entschieden werden müssen; im letzteren Falle wird aber immer der Verpflichtete die Wahl haben, und zwar ohne Unterschied, ob bereits gegen ihn eine Klage angebracht worden ist oder nicht; — denn, daß er bis zur Klage die Wahl habe, gehet deutlich aus dem Geiste des folgenden §. hervor; daß er aber das Wahlrecht nach angestellter Klage verlieren soll, dafür findet sich keine Stelle im Gesetzbuche, aus welcher diese Behauptung gerechtfertigt werden könnte. — Der Promissär muß daher sein Begehren auch alternativ stellen, und kann dasselbe dem Inhalte des Vertrages zuwider nicht auf einem aus den benannten Orten beschränken.

2) Von der Regel, daß Verträge an demjenigen Orte in Erfüllung gebracht werden müssen, an welchem diese bedungen worden, ist jedoch in jenen Fällen eine Ausnahme zu machen, in welchen es dem Schuldner unmöglich wird, den Vertrag an den bestimmtem Orte zu erfüllen, so wie auch dann, wenn der Gläubiger kein Interesse dabey haben kann, daß die Erfüllung

1) Siehe das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechtes dargestellt von D. Carl Bucher. Zweyte Auflage. Leipzig 1830 S. 148.

2) 1. Theil, 5. Tit., §. 251.

an dem bestimmten Orte vor sich gehe. Die Richtigkeit der ersteren Behauptung ergibt sich aus den §§. 878 u. 880, nach welchen die Unmöglichkeit der Leistung, sie mag vorhergehen oder nachfolgen, den Vertrag ungültig macht, und dann aus dem §. 882, nach welchem ein Vertrag wenigstens nach Möglichkeit erfüllt werden soll. Die Wahrheit der letzteren Behauptung wird durch die bey Erläuterung des §. 861 Nr. 6 angeführte Bemerkung begründet, daß ein angenommenes Versprechen, an dessen Erfüllung der Promissär kein rechtliches Interesse hat, unverbindlich sey. — Hat z. B. Jemand in Grätz von einer Person in Wien ein Darleihen empfangen, die Zahlung im Orte Wien versprochen, und letztere übersiedelte vor Rückzahlung nach Grätz, so kann selbe (außer besonderen obwaltenden Verhältnissen, wie z. B. wenn selbe noch Zahlungen in Wien zu leisten, und dießfalls einen Bevollmächtigten zur Eintreibung der Activ-Forderungen, woraus diese Zahlungen bestritten werden sollten, aufgestellt hätte,) doch nicht verlangen, daß der Schuldner seine Schuld in Wien und nicht in Grätz berichtige.

3) Handelt es sich um die Uebergabe unbeweglicher Sachen, so muß man zwischen der physischen und rechtlichen (juridischen) Uebergabe unterscheiden. Die physische Uebergabe kann nach der Natur der Sache nur an demjenigen Orte erfolgen, wo sich die zu übergebende Sache befindet; und dieses muß selbst für den Fall gelten, als zwischen den Parteyen ein anderer Ort festgesetzt worden wäre, weil sich unbewegliche Sachen nicht von einem Orte zum andern übertragen lassen, daher ein Versprechen, die zu übertragende Sache an einen andern Ort übertragen zu wollen, unter die Vorschrift des §. 878 subsummirt werden müßte. — Dasselbe gilt von der rechtlichen Uebergabe, welche bloß durch die Anschreibung in das öffentliche Buch realisiret wird, und die daher nur an dem Orte vorgehen kann, wo sich das öffentliche Buch, in welches die zu übergebende Sache eingetragen ist, befindet. — Es scheint also äußerst sonderbar, daß das Gesetz die Uebergabe unbeweglicher Sachen nur für den Fall, als in dem Vertrage hierüber nichts besonders bestimmt worden ist, an dem Orte, wo sie liegen, zu vollziehen anordnet. — Allein

eben aus der hier angeführten Bemerkung ergibt sich, daß die Parteyen in dem Vertrage über den Ort der Uebergabe nichts besonders festsetzen werden, und sollten sie dieses dessenungeachtet thun, so könnte unter dieser Uebergabe eigentlich nur die Aushändigung der Auffands-Urkunde verstanden werden [1]).

4) Bewegliche Sachen aber werden in der Regel an dem Orte, wo das Versprechen gemacht oder das schriftliche ausgefertiget worden ist, übergeben. So verpflichtet, wie v. Zeiller bemerkt, ein Künstler oder Handwerker, ob er gleich die Bestellung eines Abwesenden auf sich genommen hat, sich nur die bestellte Sache zur bestimmten Zeit bereit zu halten, nicht aber auch sie zu übersenden. — Wo Zahlungen oder Leistungen zu geschehen haben, wird bey Erläuterung des §. 1420 vorkommen.

5) Vorsichtige Pasciscenten pflegen auch bey Bestimmung des Maßes, Gewichtes und der Geldsorten die nähere Bezeichnung beyzurücken, welche jeden Zweifel entfernt, welches Maß, Gewicht oder welche Geldsorten sie darunter verstehen. Sollten aber die Parteyen vernachlässiget haben, diese nähere Bezeichnung in dem Vertrage beyzurücken, so stellt das Gesetz hier die Vermuthung auf, daß sie jenes Maß, Gewicht oder jene Geldsorten darunter verstanden haben, welche an dem Orte der Uebergabe im Gebrauche und Umlaufe sind.

§. 906.

Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllet werden, so hat der Verpflichtete die Wahl; er kann aber von der ein Mahl getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen.

1) Diese Vorschrift versteht sich nach der Natur der Sache nur für den Fall, wenn die Wahl nicht ausdrücklich dem einen oder anderen Theile überlassen worden ist; denn, wenn ausdrücklich bestimmt worden ist, daß dem einen oder anderen Theile das Wahlrecht zustehen solle, so ist sich lediglich an diese Verabredung zu halten. — Ist die Wahl dem Promittenten anheim ge-

1) Vergl. meine Erläuterung der §§. 434 u. 435, Nr. 2 — 9.

stellt; so ist er gehalten, ein dem Stande und Bedürfnisse des Promissärs angemessenes Stück zu wählen. Ist dagegen die Wahl dem Promissär überlassen, so kann er auch das Beste wählen (§. 656).

2) Hat aber der Verpflichtete oder derjenige, dem in dem geschlossenen Vertrage das Wahlrecht ausdrücklich überlassen worden ist, ein Mahl gewählet, und die getroffene Wahl dem Mitpasciscenten ausdrücklich oder durch die bereits gemachte Leistung stillschweigend bekannt gemacht, so kann davon nicht mehr abgegangen werden. Insbesondere würde, wie v. Zeiller bemerkt, das Letztere auch auf den Fall anzuwenden seyn, wenn die Leistung zwar erst nur zum Theile geschehen, dem Empfänger aber es nicht gleichgültig wäre, den Ueberrest in anderer Art zu empfangen.

§. 907.

Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen, und dieselbe durch zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt; so ist der Theil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden. Unterläuft aber ein Verschulden des Verpflichteten; so muß er dem Berechtigten wegen Vereitelung der Wahl haften.

1) Diese Vorschriften beziehen sich auf den Fall, wo ein oder der andere Pasciscent, z. B. der Käufer oder Verkäufer sich die Wahl vorbehält, welche aus mehreren einzelnen (vorgezeigten) Sachen (z. B. Reit- oder Zugpferden, Wägen, Kleidungsstücken) überliefert werden soll.

2) Aus dieser hier aufgestellten Regel ist nun die Entscheidung aller jener Fälle herzuhohlen, welche durch den Untergang alternativ versprochener Species in so fern entstehen, als dabey entweder A) nur Zufall oder B) auch Schuld, und zwar: a) von Seiten des Schuldners, und b) des Gläubigers, oder c) nur Schuld von beyden Seiten mitwirken, und dabey jenem oder

diesem das Wahlrecht zustehen kann. Wir wollen nun hier diese verschiedenen Fälle durchgehen [1]).

3) Wenn aus mehreren Objecten eines aus bloßem Zufall zu Grunde geht, und das Wahlrecht dem Schuldner zustehet, so ist er nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. an den Vertrag nicht mehr gebunden. — Der Gläubiger hat aber kein Recht, von dem Vertrage zurückzutreten. Das, was der gegenwärtige §. in Ansehung des Unterganges der Sache vorschreibt, ist ohne Zweifel auch auf den Fall anzuwenden, wenn die Sache verloren geht. Herr Hofrath v. Zeiller dehnt diese Vorschrift aber auch auf die bloße Beschädigung eines der Wahlstücke aus; allein diese Behauptung kann nur mit gewissen Modificationen als richtig angenommen werden. — Gewiß ist es, daß, wenn sich der Gläubiger mit derjenigen Sache, welche beschädigt worden ist, zufrieden zu stellen erkläret, der Verpflichtete an den Vertrag gebunden bleibe; denn setzt ihm der Gläubiger kein Hinderniß entgegen, auch die beschädigte Sache zu wählen, so ist durch die Beschädigung das Wahlrecht des Schuldners nicht im Mindesten gekränkt. — Eine andere Frage aber entsteht hier, ob der Gläubiger wegen jeder Beschädigung eines der Wahlstücke die Annahme desselben verweigern könne? Allerdings, wenn der Schuldner nicht zugleich erböthig ist, dem Gläubiger für die inzwischen erfolgte Verschlimmerung eine verhältnißmäßige Vergütung zu leisten, oder die Beschädigung so groß ist, daß der Werth derselben um mehr als die Hälfte verringert wird. — Der Beweis dieser Behauptung liegt in den §§. 1048 u. 1049; denn aus diesen geht hervor, a) daß, wenn eine Sache über die Hälfte ihres Werthes beschädigt worden ist, der Pasciscent zur Uebernahme nicht gehalten werden könne, und b) daß auch eine mindere Beschädigung demjenigen zur Last falle, der die Sache zu übergeben hat, und demnach der andere Pasciscent nicht verhalten werden könne, die beschädigte Sache ohne Vergütung anzunehmen. — Wird aber die Vergütung geleistet, so muß sich der Gläubiger damit zufrieden stellen; denn durch die getroffene

1) Ich folge bey dieser Darstellung größtentheils der Abhandlung des Herrn Dr. Zimmern im 1. Bande des Archives für civilistische Praxis, S. 309.

Wahl tritt der Schuldner ganz in jenes Rechtsverhältniß ein, als wenn er gleich ursprünglich dem Gläubiger die bestimmte Sache zugesichert hätte.

4) Hat der Gläubiger das Wahlrecht, und es wird ein Wahlstück durch Zufall vernichtet, dann kann der Gläubiger natürlich eines aus den anderen fordern; aber für die zufällig verlorne weder Ersatz verlangen, noch ihn anzunehmen genöthiget seyn. Auch steht es in seiner Willkühr von dem Vertrage abzugehen; weil der Gläubiger hier so gut, wie im vorigen Falle der Schuldner, in seinem Wahlrechte gelähmt erscheint.

5) Ist dagegen eines aus den Wahlstücken aus Verschulden des Schuldners, welcher das Wahlrecht hatte, zu Grunde gegangen, so besteht der Vertrag, und der Gläubiger ist berechtigt zu fordern, daß der Schuldner eines aus den noch vorhandenen Stücken übergebe; denn wäre die ausdrückliche Vorschrift des gegenwärtigen §. nicht vorhanden, so müßte selbst behauptet werden, daß das eben Gesagte dann Rechtens sey, wenn eines aus den Wahlstücken durch Zufall zu Grunde geht, indem sich der §. 1311 dahin ausspricht, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Daß also durch den zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke das Wahlrecht in seiner Ausdehnung eingeschränkt wird, kann bloß dem Berechtigten zum Nachtheile gereichen. Was aber hier vom bloßen Zufalle gesagt wird, muß um so mehr dann gelten, wenn der Schuldner an dem Verluste der Sache selbst die Schuld trägt. Nun macht der gegenwärtige §. von dieser allgemeinen Bestimmung des Hauptstückes über Schadensersatz nur bey dem zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke eine Ausnahme: diese kann nun aber nicht weiter reichen, als die Worte des Gesetzes lauten; es bleibt daher in den übrigen Fällen bey den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches. Concurrirt aber mit der Culpa des Schuldners auch ein reiner Zufall, d. i. gehen nebstbey ein oder mehrere Wahlstücke durch bloßen Zufall zu Grunde, so ist der Schuldner an den Vertrag nicht mehr gebunden, weil das schon durch sein Verschulden eingeschränkte Wahlrecht, durch den zufälligen Unter-

gang der Sache noch mehr beschränkt wird, und es daher nicht einmahl mehr in seiner Macht steht, unter den Wahlstücken, die sein Verschulden noch übrig gelassen hatte, eines nach Willkühr zu wählen.

6) Geht ein Wahlstück aus Verschulden des Gläubigers, dem das Wahlrecht nicht zusteht, zu Grunde, so fällt es wohl in die Begriffe, daß der Schuldner nicht mehr an den Vertrag gebunden seyn könne, weil in Bezug auf ihn das eigene Verschulden des Mitpasciscenten keine nachtheiligeren Wirkungen hervorbringen kann, als der bloße Zufall. — Allein der Schuldner kann auch nicht verpflichtet werden, es bey der Annulirung des Contractes allein bewenden zu lassen, da schon der §. 1295 ausspricht, daß Jedermann berechtiget sey, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern. Es kann daher kein Zweifel seyn, daß der Gläubiger dem Schuldner den Werth der zu Grunde gegangenen Sache nach Maßgabe seines Verschuldens ersetzen müsse. Dieses ist schon in den allgemeinen Vorschriften des dreyßigsten Hauptstückes des b. G. B. gegründet. Aber der gegenwärtige §. spricht ihm überdieß das Recht zu, die Vergütung jenes Schadens zu fordern, welche für ihn aus der Vereitelung der Wahl entsteht. — Setzen wir z. B. den Fall: der A habe mit dem B einen Vertrag geschlossen, und sich darin verbindlich gemacht eines aus den in seinem Stalle befindlichen Reitpferden um 500 fl. zu überlassen, und sich das Wahlrecht vorbehalten. Eines Tages nimmt der B eines davon zu leihen, und richtet dasselbe zu Grunde. — Wenn nun auch erweislich gemacht werden kann, daß dieses Pferd nur 400 fl. werth sey, so hat ihm doch der Entlehner 500 fl. zu ersetzen, weil A berechtigt war, ihm dieses Pferd um 500 fl. zu überlassen, sein Schade, den er durch die Vereitelung des Wahlrechtes erlitten hat, beträgt daher nicht 400, sondern 500 fl. — Wäre aber das Pferd 600 fl. werth gewesen, so erleidet der A wegen Vereitelung seines Wahlrechtes keinen Schaden, der B ist ihm daher nur die Vergütung nach §. 1295 zu leisten schuldig.

7) Ist das Wahlrecht auf Seite des Gläubigers, und gehen eines oder mehrere Stücke aus seinem Verschulden zu Grunde, so tritt natürlich auch hier die allgemeine Bestimmung des §. 1295 ein. — Ist jedoch die zu Grunde gegangene Sache mehr werth, als das Entgeld, welches für die zu leistende Sache ausbedungen worden ist, so kann sich der Gläubiger von der Bezahlung des Mehrbetrages dadurch befreyen, daß er die zu Grunde gegangene Sache wählet. — Dadurch ist auch der Vertrag als erfüllt zu betrachten. Kann sich aber der Gläubiger, weil er z. B. einsieht, daß die aus seinem Verschulden zu Grunde gegangene Sache viel weniger werth sey, als das angebothene Entgeld ausmacht, nicht entschließen, die zu Grunde gegangene Sache zu wählen, so muß er dem Schuldner den Werth der zu Grunde gegangenen Sache ersetzen, und bleibt dabey verpflichtet, den Vertrag zuzuhalten, und eines aus den übrigen Stücken zu wählen.

8) Gehet eines oder mehrere Stücke aus Verschulden des Schuldners zu Grunde, so hat dieser dem Gläubiger für die Vereitelung seines Wahlrechtes zu haften. — Dem Gläubiger stehet in diesem Falle frey, sein Wahlrecht an den übriggebliebenen Stücken auszuüben, oder von dem Vertrage zurückzugehen, und von dem Schuldner die Entschädigung zu begehren. — Es liegt indessen in der Natur der Sache, daß eine Entschädigung von Seite des Gläubigers nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn ihm wirklich ein Schade zugegangen ist. — Ein Schade ist ihm aber nur dann zugegangen, wenn das zu Grunde gegangene Stück einen größeren Werth hatte, als das bedungene Entgeld beträgt. — Es fragt sich hier nur noch, ob der Gläubiger nebstdem, daß er das Wahlrecht in Ansehung der übrigen Stücke ausübet, dennoch eine Vergütung von dem Schuldner in Anspruch nehmen könne? — Diese Frage muß allerdings bejahend beantwortet werden; denn der gegenwärtige §. berechtigt den Gläubiger zwar, von dem Vertrage zurückzutreten, bemüssiget ihn aber nicht hierzu; da aber das Wahlrecht des Gläubigers durch die Culpa des Schuldners eine Einschränkung erlitten hat, so hat, wenn hieraus für den Gläubiger ein

Schade erwachsen ist, der erstere diesen Nachtheil nach §. 1293 zu vertreten. — In diesem Falle kann aber nur dann von einem Nachtheile die Rede seyn, wenn keines aus den übriggebliebenen Stücken den Werth des zu Grunde gegangenen erreicht; denn ist unter diesen ein Stück vorhanden, welches diesen Werth erreicht, oder vielleicht gar übertrifft, so steht es dem Gläubiger ja frey, dieses Stück zu wählen, und er kann dann nicht behaupten, daß ihm dadurch ein Schade zugegangen sey, daß das zu Grunde gegangene Stück aus dem Umfange seines Wahlrechtes ausgeschlossen wurde. — Diese Bemerkung gibt auch zugleich den Maßstab bey Bemessung der Schadens-Zuerkennung an die Hand.

§. 908.

4) Angeld.

Was bey Abschließung eines Vertrages voraus gegeben wird, ist, außer dem Falle einer besonderen Verabredung, nur als ein Zeichen der Abschließung, oder als eine Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrages zu betrachten, und heißt Angeld. Wird der Vertrag durch Schuld einer Partey nicht erfüllet; so kann die schuldlose Partey das von ihr empfangene Angeld behalten, oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern. Will sie sich aber damit nicht begnügen, so kann sie auf die Erfüllung, oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf den Ersatz dringen.

1) Bey Abschließung entgeldlicher Verträge, insonderheit eines Kauf-, Bestand- oder Dienstvertrages, wird sehr oft dem Theile, welcher für seine Leistung Geld zu empfangen hat, schon im Voraus ein Theil davon gegeben, den man Angeld (Darangeld, Daraufgeld, Daraufgabe) nennt. Auch geschieht es zuweilen, daß das Darangeld von demjenigen gegeben wird, welcher für seine Leistung Geld zu empfangen hat,

z. B. von dem Verkäufer, dem Lieferanten, dem Vermiether u. s. w. Wird nun von Seite der einen oder anderen Partey eine solche Daraufgabe geleistet, so muß nach Vorschrift des gegenwärtigen §. außer dem Falle der ausdrücklichen Bedingung der Freyheit des Rücktrittes (§. 910) angenommen werden, daß selbe bloß als ein Zeichen der Abschließung, und als ein Sicherstellungsmittel des (verbindlichen, unwiderruflichen §. 861) Vertrages gegeben wurde. — Beyde Parteyen werden also, wie v. Zeiller bemerkt, durch das Angeld vielmehr sicherer und fester zur Erfüllung des Vertrages verbunden. Wird das Angeld demjenigen Pasciscenten gegeben, welcher für seine Leistung Geld zu empfangen hat, so wird der Empfänger zwar sogleich Eigenthümer des durch das Angeld zum Theil vorausbezahlten Preises; er muß sich aber denselben in der Folge auf den ganzen zu empfangenden Preis abrechnen lassen. Wird aber das Angeld von Seite der anderen vertragschließenden Partey gegeben, so ist der Empfänger lediglich als Verwahrer des Angeldes zu betrachten, und er ist verbunden nach vollständiger Erfüllung des Vertrages das empfangene Angeld wieder zurück zu stellen.

2) Wird der Vertrag durch wechselseitige Einwilligung aufgehoben, oder ohne Verschulden desjenigen, der das Angeld gegeben hat [1]) (Nr. 3), oder durch einen solchen Zufall, den derjenige, der das Angeld empfangen hat, übernehmen muß (§. 1311) nicht erfüllt, indem z. B. dem einen oder dem anderen Theile die Erfüllung unmöglich wird; so muß das Angeld zurück gestellt werden.

3) Wird aber der Vertrag aus Verschulden eines Theiles nicht erfüllet; so hat die schuldlose Partey die Wahl, das empfangene Angeld zu behalten, oder in so fern auf Seite des Empfängers die Schuld ist, den doppelten Betrag des gegebenen Angeldes zurück zu fordern, oder auf Erfüllung des Ver-

1) In dem Commentare des Herrn Hofraths v. Zeiller heißt es zwar: »oder das Angeld empfangen hat". Allein ich halte dieses für ein offenbares Schreibversehen.

trages zu bringen, und wenn dieses nicht mehr möglich ist, die Entschädigung zu verlangen. Wählt sie das erstere, so muß ihr das Angeld ohne allen Beweis eines wirklich erlittenen Schadens, mithin auch, wenn sie wirklich durch die unterbliebene Erfüllung des Vertrages nichts verloren, und sogar noch gewonnen hätte, überlassen werden. Das Angeld ist seiner Natur nach eine vorhinein bestimmte Vergütung des obgleich noch ungewissen Nachtheiles, den eine Partey durch ein nicht erfülltes Versprechen zu leiden in Gefahr ist; es kömmt also nicht darauf an, welche Folgen aus der unterbliebenen Vollziehung des Vertrages wirklich entstanden sind [1]). Wählt sie aber das Letztere, so muß das Angeld zurück gegeben werden.

4) Bey Aerarial-Verträgen wird zur Sicherheit des Aerars immer eine Caution bedungen, und die Clausel beygerückt, daß die bedungene Caution wegen Nichtzuhaltung des Vertrages auch dann als verfallen anzusehen sey, wenn wirklich ein neuer Vertrag ohne Schaden des Aerars zu Stande gebracht wurde. — Sieht man diese Clausel als eine Bedingung einer Conventional-Strafe an, so dürfte an der Gültigkeit derselben allerdings gezweifelt werden, weil nach §. 1336 die Zuerkennung eines solchen Strafbetrages eine wirkliche Beschädigung offenbar voraussetzt. Das vorne citirte Hofkanzley-Decret vom 12. August 1825 erklärt daher, daß die bedungene Caution als ein Angeld anzusehen, und ihre Wirkung nach dem gegenwärtigen §. zu beurtheilen sey. „Das allen Privat-Personen zustehende Recht," fährt diese Verordnung fort, „sich durch ein Angeld der Contracte zu versichern, kann auch den Staats-Cassen nicht bestritten werden, auch ist es sehr begreiflich, welchen Gefahren das höchste Aerarium ohne diese Vorsicht bey den Licitanten der Lieferungen ausgesetzt seyn würde. Wenn daher auch nach der Verordnung vom 20. April 1821 eine neue Licitation auf Gefahr des Licitanten vorgenommen, mithin im Falle eines dem Aerarium nachtheiligeren Erfolges der zweyten Versteigerung Entschädigung von ihm gefordert, dagegen im Falle eines für

1) Hofkanzley-Decret vom 12. August 1825. Goutta's G. S. 26. B., S. 46.

das höchste Aerar eingetretenen Gewinnes dem vorigen Licitanten nichts vergütet, vielmehr das Angeld eingezogen werden soll, so hat man doch keinen Grund, diese zur Sicherheit des Aerars dienlichen, nach dem Gesetze Jedermann erlaubten, von den Parteyen freywillig eingegangenen, und einem redlichen Licitanten nicht schädlichen Bedingungen, für unbillig oder ungerecht zu erklären. Sie erscheinen in allen diesen Rücksichten selbst dann rechtsgültig, wenn das Angeld nicht in Barschaft, sondern in Staatspapieren oder Privat-Cautions-Obligationen erlegt worden ist, weil sich dadurch die Natur des Angeldes und des darüber mittelst der Licitations-Bedingnisse geschlossenen Vertrages nicht verändert."

§. 909.

5) Reugeld.

Wird bey Schließung eines Vertrages ein Betrag bestimmt, welchen der eine oder andere Theil in dem Falle, daß er von dem Vertrage vor der Erfüllung zurücktreten will, entrichten muß; so wird der Vertrag gegen Reugeld geschlossen. In diesem Falle muß entweder der Vertrag erfüllt, oder das Reugeld bezahlt werden. Wer den Vertrag auch nur zum Theile erfüllet, oder das, was von dem Andern auch nur zum Theile zur Erfüllung geleistet worden ist, angenommen hat, kann selbst gegen Entrichtung des Reugeldes nicht mehr zurücktreten.

1) Ein Reugeld hat, wie v. Zeiller bemerkt, von Seite des Anbiethers (z. B. des Käufers oder Verkäufers, Pächters oder Verpächters) die Freyheit des Rücktrittes; von Seite des Annehmers aber die Sicherheit, auf kürzerem Wege (wie im Falle eines Angeldes §. 908 Nr. 3) eine bestimmte Entschädigung für die Nichterfüllung des Vertrages zu erhalten, zum Zwecke. Der Erstere kann also, auch ohne allen Grund, gegen Leistung

des Reugeldes von der Verabredung abgehen. Der Letztere bleibt aber an den Vertrag eben so gebunden, als wenn kein Reugeld bestimmt worden wäre. — Indessen steht kein Hinderniß entgegen, daß beyde Theile gegenseitig das Reugeld bestimmen, in welchem Falle ganz natürlich auch beyden freysteht nach Willkühr von dem Vertrage gegen Entrichtung des Reugeldes abzugehen.

2) Dem Versprecher des Reugeldes steht aber die Freyheit des Zurücktrittes nur so lange zu, als er weder ausdrücklich noch stillschweigend darauf Verzicht gethan hat. Letzteres geschieht, wenn er das, was er vermög des Vertrages leisten soll, auch nur zum Theile geleistet (z. B. als Käufer einen Theil des Kaufschillings bezahlet), oder auch nur eine Theilleistung des anderen Theiles (z. B. einige Stücke der überlieferten Waare) freywillig angenommen hat. Eben so kann aber auch die ausdrücklich oder stillschweigend (durch eine Theilzahlung) gemachte und angenommene Erklärung, das Reugeld zu bezahlen, nicht mehr zurück genommen, und die Erfüllung des Vertrages aufgedrungen werden [1]).

§. 910.

Wenn ein Angeld gegeben, und zugleich das Befugniß des Rücktrittes ohne Bestimmung eines besonderen Reugeldes bedungen wird; so vertritt das Angeld die Stelle des Reugeldes. Im Falle des Rücktrittes verliert also der Geber das Angeld; oder der Empfänger stellt das Doppelte zurück.

1) Das Reugeld unterscheidet sich von dem Angelde außer dem Zwecke, um dessenwillen es festgesetzt wird, auch noch wesentlich dadurch, daß es eigentlich nur bedungen und nicht wirklich gegeben wird (§. 909). — Wird daher bey Abschließung des Contractes etwas vorausgegeben, sich aber dabey zugleich das Befugniß des Rücktrittes, ohne Bestimmung eines besonde-

1) Siehe v. Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 2.

ren Reugeldes bedungen, so wird das Angeld gleichsam mit dem Reugelde vereinigt, und nimmt die Eigenschaft des letzteren an. — Haben beyde Theile den Vorbehalt erklärt, so kann jeder derselben auch ohne Angabe einer Ursache, der Geber gegen Verlust, der Empfänger gegen doppelten Ersatz des Angeldes, zurücktreten. — Aber aus dem Vorbehalte des Einen folgt noch nicht, daß auch der Andere von der Verabredung abgehen dürfe. — Das, was hier gesagt worden ist, gilt auch für den Fall, als Jemanden bey Abschließung des Vertrages ausdrücklich unter der Benennung „Reugeld" etwas vorausgegeben wird; denn der Geber deutet durch diese Benennung an, daß er sich gegen Verlust dieser Darangabe den Rücktritt vorbehalte.

2) Aus den Worten des gegenwärtigen §. scheinet hervorzugehen, daß nebst der Darangabe auch noch ein besonderes Reugeld bedungen werden könne. — Es entsteht daher die Frage, welche Wirkung diese doppelte Bestimmung des An- und Reugeldes in rechtlicher Beziehung hervorbringen müßte? — Ist das Angeld früher gegeben, und erst später ein Reugeld bestimmt worden, so ist es offenbar, daß die vertragschließenden Theile von ihrem früheren Vorhaben abgegangen sind; und in so fern daher demjenigen, dem die Geldleistung zu entrichten ist, die Darangabe oder das Angeld gegeben wurde, ist selbe lediglich als ein Vorschuß zu behandeln, und von ihm, wenn der Vertrag rückgängig gemacht wird, wieder zu vergüten. Ist aber umgekehrt das Angeld von demjenigen gegeben worden, der die Geldleistung zu empfangen hat, so kann sogleich, nachdem das Reugeld festgesetzt worden ist, auf Zurückstellung des Angeldes gedrungen werden. Ist dagegen das Reugeld früher festgesetzt, und erst später das Angeld gegeben worden, so ist dadurch das erstere als aufgehoben zu betrachten; denn durch die Bestimmung des Reugeldes wollen sich ja die vertragmachenden Theile offenbar das Befugniß erkaufen, nach Belieben von dem Vertrage abgehen zu können; mit diesem steht aber die später erfolgte Uebergabe eines Angeldes, welches zur Befestigung des Vertrages gegeben

wird, in einem offenbaren Widerspruche, es muß sohin die erstere Bestimmung als aufgehoben angesehen werden. Daß in einem und dem nähmlichen Acte ein Reugeld bedungen, und zugleich ein Angeld gegeben werde, wird nicht leicht vorkommen. — Sollte jedoch wirklich ein solcher Fall existiren, so wäre es ein offenbares Zeichen, daß die Parteyen entweder von dem Angelde, oder von dem Reugelde irrige Begriffe gehabt haben müßten; und nur der Inhalt des Vertrages selbst könnte hierüber Auskunft geben, was sie durch diese doppelte Festsetzung eines Reu- und eines Angeldes eigentlich bezwecken wollten, und in welchem Sinne sie den einen oder anderen Ausdruck genommen haben.

§. 911.

Wer nicht durch bloßen Zufall, sondern durch sein Verschulden an der Erfüllung des Vertrages verhindert wird, muß ebenfalls das Reugeld entrichten.

Diesen Beysatz fand die Gesetzgebung, wie aus dem Zeillerischen Commentare zu entnehmen ist, aus dem Grunde zu machen nothwendig, damit man durch das Wort Reue, welches eine geflissentliche Abstehung andeutet, nicht diesen beschränkteren Sinn annehme. Dabey bemerkt aber Herr Hofrath v. Zeiller weiter, daß im Falle, als der zum Rücktritte berechtigte Theil den Zufall, wodurch er an der Erfüllung verhindert würde, aus dem Grunde, daß selber sich in seiner Person ereignet hat, übernehmen müßte (§. 1155), zwar nicht der Verlust des Reugeldes folge, aber auch die Pflicht zum Ersatze des erweislichen Schadens nicht aufgehoben werde. — Allein ich kann dieser Behauptung nicht beystimmen; denn durch die Festsetzung eines Reugeldes haben die Parteyen eine natürliche Wirkung des Vertrages, vermög' welcher er einseitig nicht widerrufen werden kann, aufgehoben; sie haben sich durch die Bestimmung des Reugeldes das Recht erkauft, von dem Vertrage einseitig wieder zurückgehen zu können. Wer aber von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat

den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten (§. 1305). Es kann sich hier immer nur um Entrichtung des Entgeldes handeln, welches der Pascisœent für den wirklichen Gebrauch dieser sich ausbedungenen Freyheit zu geben versprochen hat, — vom Ersatze eines Nachtheiles aber kann keine Rede seyn. Wenn aber das Gesetz den Pascisœenten für einen bestimmten Fall auf einer Seite sogar von Entrichtung eines Reugeldes befreyet, so kann ihm von der andern Seite nicht zugleich ein Schadenersatz deswegen aufgetragen werden, weil er nicht freywillig, sondern gézwungen von dem Vertrage zurückgetreten ist. Der §. 1155 setzt die Verbindlichkeit der Parteyen, den Vertrag zuzuhalten, voraus, wird aber ein Vertrag mit Bestimmung eines Reugeldes geschlossen, so haben sich die Parteyen nicht zur Erfüllung des Vertrages, sondern lediglich nur zur Entrichtung des Reugeldes im Falle der Nichterfüllung verpflichtet. — Befreyt nun das Gesetz in einem bestimmten Falle sogar von Entrichtung des Reugeldes, so kann deßwegen nicht der Ersatz des Nachtheiles, welcher die Verbindlichkeit, den Vertrag zuzuhalten, voraussetzt, an dessen Stelle gesetzt werden. — Es ist sogar möglich, daß der erweisliche Schade, den die eine Partey durch den Rücktritt erleidet, mehr beträgt, als das bedungene Reugeld; und in diesem Falle müssen selbst diejenigen, die meiner gegenwärtigen Behauptung nicht beystimmen, wenigstens zulassen, daß sich der zurücktretende Theil durch Entrichtung des Reugeldes von jeder anderen Ersatzespflicht befreyen könne.

§. 912.

6) Nebengebühren.

Der Gläubiger ist von seinem Schuldner außer der Hauptschuld zuweilen auch Nebengebühren zu fordern berechtigt. Sie bestehen in dem Zuwachse, und in den Früchten der Hauptsache; in den bestimmten oder in den Zögerungszinsen; oder in dem Ersatze des verursachten Schadens;

oder dessen, was dem Andern daran liegt, daß die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt worden; endlich in dem Betrage, welchen ein Theil sich auf diesen Fall bedungen hat.

Unter Nebengebühren versteht man alles, was außer dem Hauptgegenstande der Forderung, ohne Unterschied, ob es ausdrücklich bedungen ist oder nicht, begehrt werden kann. Dazu rechnet man: a) die Früchte und den Zuwachs überhaupt (§. 405 u. f. f.); b) die bestimmten Zinsen (§§. 903 — 1000); c) die Zögerungszinsen (§. 1333), d) den Ersatz des wirklichen Schadens (§§. 1293 u. 1295) e) das Interesse (id quod interest §§. 1323 u. 1324), welches nebst dem Ersatze des Schadens auch den entgangenen Gewinn, oder zugleich den außerordentlichen Werth (§. 305) in sich begreift; f) die Conventional-Strafe (§. 1336). Alle zuletzt (von c — f) angeführten Nebengebühren haben auf eine Entschädigung Beziehung, wovon in dem dreyßigsten Hauptstücke gehandelt wird.

§. 913.

In wie weit mit einem dinglichen Rechte das Recht auf den Zuwachs, oder auf die Früchte verbunden sey, ist in dem ersten und vierten Hauptstücke des zweyten Theiles bestimmt worden. — Wegen eines bloß persönlichen Rechtes hat der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebühren. In wie weit dem Gläubiger ein Recht auf diese Art zukomme, ist theils aus den besonderen Arten und Bestimmungen der Verträge, theils aus dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung zu entnehmen.

1) Ob und in wie fern Nebengebühren aus einem dinglichen Rechte gefordert werden können, ist aus dem zu entnehmen, was bey denen verschiedenen Gattungen und Arten der

dinglichen Rechte in der ersten Abtheilung dieses Theiles, vorzüglich in dem ersten und vierten Hauptstücke gesagt worden ist; daher sich auch der gegenwärtige §. ausdrücklich auf diese beyden berufet.

2) In Hinsicht auf die persönlichen Rechte, von denen in diesem zweyten Theile eigentlich die Rede ist, stellt der gegenwärtige §. den Grundsatz auf, daß wegen eines bloß persönlichen Rechtes der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebühren habe. Die Forderung von Nebengebühren muß durch besondere in den Gesetzen vorkommende Bestimmungen begründet werden. — Solche Bestimmungen erscheinen theils bey den einzelnen Arten der Verträge, theils in dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung. Bestimmungen der ersteren Art kommen bey dem Darleihens-Vertrage §§. 993 — 999, bey dem Tauschvertrage §§. 1047 und 1050, bey dem Kaufvertrage §§. 1061 und 1064, vor. Nebengebühren, die aus dem Titel der Entschädigung in Anspruch genommen werden können, sind aus den §§. 1295, 1323, 1324, 1331, 1333 und 1334 zu entnehmen.

§. 914.

Auslegungsregeln bey Verträgen.

Die im ersten Theile (§. 6) in Hinsicht auf die Auslegung der Gesetze angeführten allgemeinen Regeln gelten auch für Verträge. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte, und von Wirkung sey.

1) Die aus den Verträgen für die Parteyen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten haben ihren Grund wesentlich in dem von den vertragschließenden Theilen gegenseitig erklärten Willen. — Selbst die von dem Gesetzgeber bey den einzelnen Verträgen festgestellten Bestimmungen sind, in so fern sie nicht aus der Wesenheit des Vertrages selbst fließen, bey welchem sie vorkommen, oder mit einem Verbothsgesetze im Zusammenhange stehen, von der Art, daß sie nur dann eine Anwendung

finden, wenn von den Pascicscenten selbst über die Puncte, die sie entscheiden, keine ausdrückliche Verabredung getroffen worden ist. — Aus dieser Bemerkung folgt, daß bey Verträgen die wirklich getroffene Verabredung immer die Hauptquelle der Entscheidung bleibe; und daß sich bey Entscheidung eines dießfälligen Rechtsstreites sohin immer vorzüglich darum bekümmert werden müsse, was die Parteyen unter sich selbst für Bestimmungen festgesetzt haben. — Daraus fließt zugleich die Nothwendigkeit, in die Auslegung der Verträge einzugehen, welche um so nöthiger ist, als bey den vertragschließenden Theilen nicht immer jene Bedächtlichkeit und genaue Abwägung der Worte und ihrer Verbindungen erwartet werden kann, welche zur unzweydeutigen Bezeichnung und Erklärung des Willens nothwendig sind. — Treffend bemerkt Herr Hofrath v. Zeiller, daß Zweydeutigkeit der Wörter oder der Wortfügungen, allmähliche Abänderungen oder individuelle Abweichungen von dem Sprachgebrauche, Mangel an klaren Begriffen, oder an der Gabe, sich deutlich und richtig auszudrücken, wobey man oft mehr oder weniger sagt, als man sagen wollte, und wohl auch geflissentliche Dunkelheit, es oft nothwendig machen, daß man nicht bey dem dürren Buchstaben stehen bleibe, sondern erst den echten Sinn der Willens-Erklärung festsetze, worin die Auslegung besteht.

2) In Ansehung der Art und Weise, wie der Richter bey Auslegung zweifelhafter Verträge zu Werke zu gehen habe, weiset das Gesetz hier im Allgemeinen auf die im §. 6 für die Auslegung der Gesetze aufgestellten Regeln. Es wird daher auch bey Verträgen zuvörderst der Sprachgebrauch berücksichtiget werden müssen, und zwar der Sprachgebrauch der Zeit und des Ortes, wo das Versprechen gemacht worden ist. — So wie aber diese Regel bey Auslegung eines Gesetzes in dem Falle eine Ausnahme leidet, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber in der bestimmten Gesetzesstelle den gebrauchten Ausdruck in einem von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche abweichenden Verstande genommen habe, so ist dieses auch bey Verträgen der Fall, und es muß da ohne Zweifel auch ganz vorzüglich auf die Stufe der Bildung Rücksicht genommen werden, auf welcher sich

die vertragschließenden Theile befinden. Insbesondere muß, wenn es sich um Aeußerungen der Sachverständigen über Kunstgegenstände handelt, der Sprachgebrauch der Kunstverständigen vor Augen gehalten werden. Wenn der Sprachgebrauch keinen zureichenden Aufschluß gibt; so überdenke man den ganzen Zusammenhang der einzelnen Sätze, Stellen und Puncte des Vertrages, und erkläre die undeutlichen aus den deutlicheren; vergleiche zu dem Ende den förmlich abgefaßten Vertrag mit der etwa deutlicheren Punctation (§. 885), oder dem späteren mit einem ähnlichen oder in Verbindung stehenden früheren Vertrage u. s. w.

3) Erst dann, wenn mit der grammatischen Auslegung nicht auszulangen ist, ist es erlaubt, zu der logischen seine Zuflucht zu nehmen, und den echten Sinn der einzelnen Stellen eines Vertrages aus dem Zwecke (der Absicht) der Pasciscenten zu bestimmen. Der Zweck muß aber gewiß seyn, und nicht bloß aus entfernten Vermuthungsgründen hergehohlet werden. Gewiß kann der Zweck aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden (durch die grammatische Auslegung zu findenden) Erklärung des Pasciscenten seyn. — Im Mangel eines aus dem Inhalte des Vertrages selbst zu entnehmenden Zweckes kann derjenige, den die Parteyen bey Abschießung eines Vertrages von dieser Art sich vorzusetzen pflegen, zur Grundlage genommen werden. — Herr Regierungsrath Ritter v. Egger stellt in seinem Lehrbuche des Privatrechtes [1]) folgende aus diesem Grundsatze entwickelte Auslegungsregeln auf, welche auch dem Geiste unseres Gesetzbuches vollkommen entsprechen dürften: a) Man ist rechtlich nicht verpflichtet, sich im Zweifel eine solche Auslegung gefallen zu lassen, durch welche der gewisse Zweck des Vertrages ganz vereitelt würde. b) Man darf, wenn ein Recht auf einen bestimmten Zweck durch den Vertrag unstreitig verwilliget ist, im Zweifel auch das Recht auf die nothwendigen Mittel als zugestanden ansehen. c) Man ist nicht schuldig, die Mittel, welche bloß zu einem bestimmten Zwecke verwilliget wurden, ohne sie ausdrücklich für andere Zwecke zu versagen, auch zu diesen zu ver-

1) §. 116.

statten. d) Eine noch so unbeschränkte Aeußerung des Promittenten läßt nie die Auslegung zu, daß er verpflichtet sey, das physisch, rechtlich und absolut ethisch Unmögliche zu leisten, wie dieses von dem Promissär nie als wirkliche Absicht angesehen werden kann. e) Eine Auslegung ist rechtswidrig, wodurch im Zweifel eine Leistung gefordert wird, die offenbar den Zweck, den die Pasciscenten festsetzen, überschreitet. f) Wenn die Absicht zureichend (obschon nur stillschweigend) erklärt wurde, durch Vertrag nur Einer bestimmten Person ein Recht einzuräumen, und sich daher bloß ihr zu verpflichten, so wäre eine Auslegung widerrechtlich, zu Folge welcher der Promittent angehalten würde, eine andere Person als berechtiget, und sich derselben als verpflichtet zu erkennen.

§. 915.

Bey einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bey zweyseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedienet hat (§. 869).

1) Die gewöhnliche Triebfeder der menschlichen Handlungen ist immer Eigennutz, im edleren Sinne des Wortes. Es ist daher nicht zu vermuthen, daß Jemand Rechte hintangebe, und seinen rechtlichen Freyheitsgebrauch beschränken lasse, ohne entgegen wieder Rechte zu empfangen, und dadurch seine Rechtssphäre, welche er sich auf der einen Seite beschränken ließ, auf der anderen wieder zu erweitern. Eben so natürlich ist es, daß, wenn bey einem wohlthätigen Vertrage über den Sinn der einen oder anderen Bestimmung ein gegründeter Zweifel entstehet, der mindeste Grad der Einschränkung der Freyheit vermuthet werden müsse, in so fern ein höherer Grad der Einschränkung nicht deutlich aus den Worten hervorleuchtet.

2) In einem reinen zweyseitig verbindlichen Vertrage beabsichtiget jeder der Contrahenten einen Gewinn, indem aber

jeder der vertragschließenden Theile dabey den höchsten Gewinn zu erreichen sucht, wird durch das sich gegenseitig bekämpfende Interesse beyder Pasciscenten in der Regel Gleichheit hergestellt. — Es streitet auch die Vermuthung dafür, daß jeder Theil bey dem Vertrage sein Interesse sorgfältig bewahret habe, sohin auch für den Umstand, daß kein Pasciscent weniger am Werthe erhalten wollte, als er gegeben hat. — Darum kann auch nicht zugegeben werden, daß ein Theil durch undeutliche Ausdrücke, deren er sich bedient, den anderen übervortheile, und durch den Sinn, welchen er denselben in der Folge beylegen will, die übernommene Last sich erleichtere. — Mit Recht fordert hier das Gesetz, daß sich bey einem entgeldlichen Vertrage (denn nur in dieser Bedeutung ist hier der Ausdruck „zweyseitig verbindlich" zu nehmen §. 864 Nr. 4,) jeder Theil deutlich und bestimmt ausdrücke, und daß eine undeutliche Aeußerung ihm eher zum Nachtheile als zum Vortheile gereichen solle. — Es fällt zwar, wie v. Zeiller bemerkt, aus einer gemeinschaftlichen, oder von einem Dritten förmlich abgefaßten Urkunde nicht sogleich auf, wer der Urheber der undeutlichen Aeußerung sey, und nicht immer kann der Aussteller für den Urheber gehalten werden; denn sehr häufig werden Schuldscheine dürftigen Schuldnern von gebietherischen Gläubigern in die Feder dictiret. — Indessen streitet allerdings die Vermuthung dafür, daß jede Partey zu den Verpflichtungen, die sie sich auflegt, die Ausdrücke selbst gewählet habe. Das Gegentheil muß erwiesen werden.

3) Bey gemischten Verträgen (§. 864 Nr. 6) kann es geschehen, daß beyde hier angeführte Auslegungs-Regeln in Anwendung kommen müssen. — Findet sich nähmlich der undeutliche Ausdruck in jenem Theile des Vertrages vor, wo die Verpflichtungen desjenigen vorkommen, welcher theilweise als Geschenkgeber erscheint, so tritt aus oben (Nr. 1) angeführtem Grunde die Vermuthung ein, daß er sich eher die geringere als schwerere Last auflegen wollte; kömmt sie aber in dem Theile vor, wo die Verbindlichkeiten des anderen Contrahenten erscheinen, so muß gleichfalls die undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt werden, der sich derselben bedient hat. Rührt diese un-

deutliche Aeußerung von demjenigen, der diese Verbindlichkeiten auf sich haben soll, selbst her, so kann diese Behauptung keinem Zweifel unterliegen; aber in dem Falle, als der andere Theil der Urheber derselben ist, dürfte diese Behauptung einem Zweifel unterzogen werden; — denn man könnte sagen, daß sich mit der erhöhten Verbindlichkeit des einen Theiles die übernommene Last des andern Theiles verringere, und daß sohin nach dem so eben aufgestelltem Grundsatze die Vermuthung für die geringere Belastung streite. — Aber es muß dagegen in Erwägung genommen werden, daß derjenige Theil, der nicht aus Freygebigkeit, sondern in der Absicht zu gewinnen, zur Schließung des Vertrages bewogen worden, das ihm von Seite des andern übertragene Recht so wohlfeil als möglich an sich zu bringen trachtet, und es daher bey einer undeutlichen Aeußerung ebenfalls anzunehmen sey, er wollte sich eher die geringere als die schwerere Last auferlegen, und daß daher zu vermuthen ist, er habe die undeutliche Aeußerung des anderen Theiles mehr zu seinem Vortheile verstanden. — Der Rechtsgrundsatz: interpretatio fiat contra eum, qui clarius loqui potuit, et non locutus est, findet daher auch hier gegen den Urheber der Aeußerung seine Anwendung.

§. 916.

Wird ein Geschäft von gewisser Art nur zum Scheine verabredet; so ist es nach denjenigen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, nach denen es vermög seiner wahren Beschaffenheit beurtheilet werden muß.

1) Der gegenwärtige §. redet nicht von dem Falle, wo ein Contrahent den andern durch listige Vorspiegelungen einen anderen Vertrag abzuschließen oder zu unterfertigen bewegt, als der wirklich verabredete ist, und wobey der andere Theil in der Meinung ist, daß er den wirklich verabredeten abschließe oder unterfertige; denn dieser Fall muß nach den

über Irrthum und Betrug ertheilten Vorschriften (§§. 871 — 874) beurtheilt werden.

2) Die gegenwärtige Vorschrift deutet vielmehr auf ein mit wechselseitigem Einverständnisse errichtetes Scheingeschäft, wodurch derjenige Vertrag, den die Parteyen eigentlich zu schließen beabsichteten, in einen anderen Vertrag umgekleidet, oder wenigstens in seinen Nebenbestimmungen in einer solchen Art dargestellt wird, mit welcher es den vertragschließenden Theilen nicht Ernst ist. So können z. B. unter der Form wechselseitiger Schenkungen ein Kauf- oder Tauschcontract, unter der Form eines Kaufcontractes ein Darleihensvertrag geschlossen werden, wenn nähmlich die wahre Absicht der Contrahenten dahin gehet, Waaren anstatt baren Geldes als Darleihen zu geben und anzunehmen u. s. w. Meistens werden solche Scheingeschäfte in der Absicht errichtet, um dadurch einen ungültigen und zugleich strafwürdigen Vertrag zu bemänteln, oder überhaupt eine rechtswidrige Absicht durchzusetzen; jedoch wesentlich erforderlich ist dieses nicht, um die Vorschrift des gegenwärtigen §. in Anwendung zu bringen; — denn da jeder Vertrag die ernstliche Einwilligung der Contrahenten erfordert (§. 869), so kann ein Geschäft, deren Zustandebringung sie nicht ernstlich wollten, auch nicht aufrecht erhalten werden, sondern es muß vielmehr dabey auf dasjenige Rücksicht genommen werden, worüber dieselben im Ernste übereingekommen sind. — Auf eine Art solcher Scheingeschäfte, welche im Leben mehrfach vorkömmt, habe ich bereits bey Erläuterung des §. 887 aufmerksam gemacht.

3) Oefters besteht das Scheingeschäft bloß darin, daß demselben die Benennung eines Vertrages gegeben wird, der eigentlich nach der Absicht der Parteyen nicht geschlossen werden soll, dessen einzelne Bestimmungen aber schon bey einer reiflichen Beurtheilung erkennen lassen, was eigentlich die Parteyen für einen Vertrag dabey beabsichtigten. Ich erinnere mich gerade folgenden, in meiner Praxis mir vorgekommenen Falles. Da vermög der politischen Gesetze verbothen ist, Personalgerechtsame in Bestand zu verlassen, so traf eine Witwe eines solchen Gewerbsmannes, der die Fortführung des Gewerbes auf eigene

Rechnung von den Gesetzen gestattet ist, mit ihrem Werkführer das Uebereinkommen, vermög dessen sie sich anheischig machte, dasjenige, was er über eine bestimmte Summe jährlich in ihrem Nahmen erwerben würde, ihm als Belohnung für seine Dienste zu überlassen, wogegen sich dieser verpflichtete, — für die richtige Erzielung eines Gewinnes bis zur bestimmten Summe zu haften, und das Fehlende aus seinem Eigenen zu ersetzen. — Dadurch wurde demselben offenbar die Benutzung des Gewerbes gegen einen bestimmten Preis überlassen, und sohin keineswegs ein Lohnvertrag, wie dieses Uebereinkommen benannt wurde, sondern ein eigentlicher Bestandvertrag geschlossen. — Zur Entdeckung dieser Art Scheingeschäfte bedarf es daher nur einer sorgfältigen Combinirung der einzelnen Bestimmungen, und einer Vergleichung des Resultats derselben mit den wesentlichen Eigenschaften eines bestimmten Vertrages. — Oefters aber geschieht es auch, daß der wahre Vertrag zwischen den Parteyen meistens mündlich, oft aber auch schriftlich ganz so, wie er ist, abgeschlossen ist, von den Parteyen aber geheim gehalten, und nebstbey eine Urkunde errichtet wird, aus welcher ganz ein anderer Vertrag hervorgehet, — mit welcher dann die Contrahenten vor Gericht auftreten. — In diesem Falle ist das Scheingeschäft aus der producirten Urkunde nicht zu erkennen, sondern es muß dann von demjenigen, welcher die Gültigkeit dieses Geschäftes bestreitet, die Existenz des eigentlichen und wahren Vertrages dargethan werden.

4) Die Wirkung eines solchen Scheingeschäftes, wenn es als solches erkannt wird, ist, daß dasselbe als ungültig zerfalle, und dagegen der wahre Vertrag in seinen Rechtswirkungen ins Leben trete. — Ist nun dieser wahre Vertrag an und für sich erlaubt und gültig, so sind die Rechte und Pflichten der Contrahenten aus dem Inhalte desselben, und den dießfälligen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen; ist der Vertrag vom Gesetze verbothen, so zerfällt er als ungültig, — und in so fern er sich gegen ein Strafgesetz verstößt, kommt auch dieses in Anwendung. — Dem Richter und Sachwalter wird es bey

seiner Beeidigung zur Pflicht gemacht, sich zu solchen Scheinhandlungen nicht gebrauchen zu lassen.

5) Oefters geschieht es auch, daß ein Geschäft, um eine gewisse Absicht durchzusetzen, lediglich zum Scheine verabredet werde, ohne daß demselben ein anderes Geschäft zu Grunde liegt. — So geschieht es öfters, daß Aeltern mit ihrem Sohne einen Uebergabs-Vertrag schließen, vermög welchem sie ihm ihr unbewegliches Gut zum Schein übergeben, um ihn vom Militärstande zu befreyen; während das eigentliche Verhältniß des Sohnes zu seinen Aeltern das Nähmliche bleibt. Die Staatsverwaltung hat in mehrfacher Beziehung durch politische Gesetze Vorsorge getroffen, damit selbe, bey der Schwierigkeit der Entdeckung derselben, durch dergleichen Scheingeschäfte nicht bevortheilet werde. — Die politische Gesetzgebung erkennt z. B. in der hier berührten Beziehung den bloß bücherlichen Besitz gar nicht an, sondern fordert, daß sich der Sohn auch als unbeschränkter Eigenthümer der väterlichen Realität benehme. Aus einem ähnlichen Grunde erklärt das Patent vom 15. October 1810 alle Geschenke unter Lebenden nur dann von der Erbsteuer frey, wenn der Beschenkte mit dem Eigenthume sogleich den vollen unbeschränkten Genuß erhält.

6) Uebrigens versteht es sich wohl von selbst, daß, wenn durch eine solche Verkleidung die Rechte eines schuldlosen Dritten verletzt werden, ihm dafür Ersatz zu leisten ist. — Daher unterliegt auch die Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller keinem Zweifel, daß ein unbewegliches Gut, welches Aeltern ihrem Sohne, um ihn vom Soldatenstande zu befreyen, nur zum Scheine, gegen eine geheime Verzichtleistung übergeben, doch immer für die einverleibten oder vorgemerkten Schulden des Sohnes verhaftet bleibe (§§. 452 u. 453); obschon es sich entdecket, daß der Sohn wegen Ungültigkeit des Vertrages, sohin Mangel eines wahren Rechtstitels, nie wahrer Eigenthümer des Gutes gewesen sey.

§. 917.

Von Erlöschung der Verträge.

Wie die aus den Verträgen entstehenden Verbindlichkeiten aufhören, wird bey jedem Vertrage besonders, und in dem Hauptstücke von Aufhebung der Verbindlichkeiten überhaupt, bestimmet werden.

Unter die Bestimmungen der Verträge gehört auch die Erlöschung der aus selben hervorgehenden Verbindlichkeiten. Die Erlöschungsarten sind theils allgemeine, theils besondere. Allgemeine sind diejenigen, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, folglich auch die aus Verträgen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben werden. Davon handelt das dritte und vierte Hauptstück des dritten Theiles. Die besonderen sind den einzelnen Arten der Verträge eigenthümlich, mithin bey deren Behandlung in den nachfolgenden Hauptstücken vorzutragen.

§. 918.

Alle aus den Verträgen entstehende Rechte und Pflichten gehen auf die Erben der vertragenden Theile über; wenn sie anders nicht bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen, oder wenn die Erben nicht schon im Vertrage selbst, oder durch das Gesetz ausgenommen worden sind. Ein noch nicht angenommenes Versprechen geht, wenn auch nur ein Theil während der Ueberlegungsfrist stirbt, auf die Erben nicht über (§. 862).

1) Der Zweck des Promissärs bey Eingehung eines Vertrages ist gewöhnlich die Erwerbung oder Erhaltung eines Vermögens; und es ist dabey seine Absicht nicht auf seine Individualität beschränkt, sondern dehnt sich auch auf seine Nachkom-

menschaft aus. Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt dabey in seinem Commentare, daß die das Wohl der unsterblichen bürgerlichen Gesellschaft, das Wohl der Familien und künftigen Generationen umfassende Politik und Rechts-Philosophie alle Ursache habe, diese Absicht zu begünstigen, und demnach zur Regel aufstelle, daß alle aus Verträgen entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen. — Dieses stimmt auch ganz mit dem Begriffe überein, welchen das Gesetz mit dem Ausdrucke „Verlassenschaft und Erbschaft" (§§. 531 u. 532) in Verbindung gesetzt hat.

2) Davon gibt es jedoch einige theils in der Natur besonderer Arten der Verträge, theils in höheren Rücksichten gegründete Ausnahmen. — Dahin gehört der Ehevertrag (§. 111), der Adoptions- und Pflegvertrag (§§. 185 und 186) oder eine in gewissen Fristen zugesicherte Unterstützung (§. 955) und die Vollmacht in Rücksicht beyder Pascißcenten (§. 1022), der Vertrag über persönliche Servituten in Beziehung auf den Berechtigten (§. 529), der Vorbehalt des Wiederkaufes (§. 1070), des Rückverkaufes (§. 1071), die Bedingung des Verkaufsrechtes (§. 1074), gleichfalls in Rücksicht des Berechtigten, dann der Lohnvertrag in Beziehung auf den Dienstverpflichteten (§§. 1162 und 1163), der Verlagsvertrag in Rücksicht des Schriftstellers (§. 1169) und der Gesellschaftsvertrag in Hinsicht auf die Erben des einzelnen verstorbenen Mitgliedes (§§. 1206 — 1209).

3) Eine andere Ausnahme macht die klare Verabredung, daß der Vertrag von einer oder von beyden Seiten auf die Lebenszeit eingeschränkt seyn soll (§. 1284); denn Rechte und Verbindlichkeiten, die durch den Willen der Parteyen begründet sind, was bey den aus Verträgen hervorgehenden Rechten und Verbindlichkeiten der Fall ist, können doch keine weitere Ausdehnung erhalten, als die Parteyen selbst unter sich festgesetzt haben.

4) Es versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn der Verpflichtete auf Rechnung der übernommenen Handlung bereits etwas erhalten hat, seine Erben solches zurückgeben müssen, vorausgesetzt, daß an dieser Handlung noch gar nichts

geleistet worden ist. Dagegen können die Erben des Verpflichteten für den bereits geleisteten Theil der Erfüllung eine billige Vergütung fordern (§. 1162).

5) Ein noch nicht angenommenes Versprechen ist kein Vertrag, und begründet für den Promissär kein anderes Recht, als das Versprechen durch Erklärung der Annahme binnen der im §. 862 bestimmten Frist zum Vertrage zu erheben. — Dieses Recht erklärt aber hier das Gesetz als ein solches, welches auf die Erben nicht übergeht, und folglich auch auf keine andere Person übertragen werden kann (§. 1393).

§. 919.

Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht, oder nicht zu der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte, oder auf die bedungene Weise erfüllet; so ist der andere Theil außer den im Gesetze bestimmt entschiedenen Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtiget, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern.

1) Einige Naturrechtslehrer stellten, wie v. Zeiller bemerkt, den Grundsatz auf, daß zweyseitig verbindliche Verträge nur unter der stillschweigenden, auflösenden Bedingung, daß der andere Theil den Vertrag genau erfülle, geschlossen werden. Unter den positiven Gesetzgebungen hat der französische Civilcodex [1]) die Vorschrift aufgenommen, daß bey wechselseitigen Verträgen die Nichterfüllung des Versprechens von Seite des einen Contrahenten als eine auflösende Bedingung stillschweigend vorausgesetzt werde. Auch das gallizische Gesetzbuch enthält eine ähnliche Bestimmung, indem es daselbst [2]) heißt: „Einem Vertrage kann man, wie einer letztwilligen Verordnung, Bedingungen beysetzen. Besteht ein Vertrag aus mehreren Hauptpuncten, so wird die besondere Erfüllung eines jeden Punctes, als eine

1) Art. 1183.
2) III. Thl. §. 23.

Bedingung angesehen, von welcher die Einwilligung zu den übrigen Puncten abhängt" [1]). Sehr richtig bemerkt v. Gönner, daß der Gesetzgeber, wenn er sich den Satz des französischen Codex aneignen will, über die Form und Zeit der Erklärung des Contrahenten, daß er den Vertrag wegen Nichterfüllung für aufgelöset ansehe, genaue Vorschriften geben müsse, welche aber beyden Gesetzbüchern mangeln. Dieser Mangel war vielleicht auch die Ursache, warum sich der österreichische Gesetzgeber bewogen sah, von der originellen Bestimmung des Entwurfes wieder abzugehen, und in Conformität mit dem römischen Rechte und dem preußischen Civilcodex wieder die Regel aufzunehmen, daß im Falle einer Vertragsverletzung nur auf die genaue Erfüllung des Vertrages und auf den Schadenersatz (§§. 1295, 1333 u. 1334), nicht aber auf die Aufhebung des Vertrages gedrungen werden könne [2]).

2) Von dieser in dem gegenwärtigen Gesetzbuche aufgestellten Regel gibt es aber mehrere Ausnahmen. Ein Ausnahmsfall tritt ein, wenn die vertragschließenden Theile ausdrücklich sich ausbedungen haben, daß die Nichterfüllung der Contractspuncte von Seite des einen Contrahenten für den anderen das Recht begründen soll, den Vertrag für aufgelöset anzusehen, oder wenigstens den Zurücktritt ausdrücklich zu erklären. So geschieht es sehr häufig, daß sich Parteyen ausbedingen, daß, wenn z. B. der Kaufpreis in der bestimmten Zeit nicht bezahlet wird, der Kauf für nicht geschlossen zu halten sey, oder daß, wenn mit den Zinsen oder Theilzahlungen des Capitals in der bestimmten Frist nicht zugehalten wird, sogleich das ganze Darleihen zurückgefordert werden könne. Eben dieses

1) Originell ist daher obige Bestimmung des napoleonischen Codex, wie v. Gönner in seinem Archive (9. B. 2. Heft S. 267) behauptet, keineswegs, da das gallizische Gesetzbuch schon im Jahre 1797, der Theil des französischen Codex, worin diese Bestimmung vorkommt, aber erst im Jahre 1801 promulgirt wurde.

2) Durch die Bestimmung des französischen Codex, daß auf die Aufhebung gerichtlich geklagt werden müsse, und man dem Beklagten, nach Befinden einen Aufschub verstatten könne, scheint der Vortheil, den man mit Feststellung des obigen Satzes bezwecken wollte, großtentheils wieder vernichtet zu werden.

gilt, wie v. Zeiller bemerkt, von dem Falle, wo der Zweck des Vertrages oder der Beweggrund zur Bedingung gemacht wird (§. 901), wie z. B. wenn ein auf die Messe reisender Kaufmann Waaren dahin bestellt, um sie dort zu verkaufen, und selbe erst nach der Messezeit eintreffen. Es ist auch in diesen Fällen nicht nöthig, daß der Contrahent auf die Aufhebung des Vertrages gerichtlich klage, sondern er kann, wenn er von dem andern Theile um die Erfüllung des Vertrages gerichtlich belangt wird, die durch die Nichterfüllung des Contractes eingetretene Auflösung in der Einrede als Einwendung entgegen setzen.

3) Aber auch ohne einem ausdrücklichen Vorbehalte berechtiget schon das Gesetz bey gewissen Arten von Verträgen und Vertrags-Uebertretungen, oder eintretenden anderen Umständen, den Vertrag für aufgelöset anzusehen, oder doch die Aufhebung desselben zu verlangen. Fälle der ersteren Art kommen in den §§. 907, 1048, 1056, 1057, 1117, 1153 und 1154, und der letzteren Art in den §§. 934, 978, 1118, 1166, 1210 und 1264 vor. In diesen, wie in den vorigen Fällen ist man nach Beschaffenheit der Umstände nebst dem Rechte des Rücktrittes auch berechtiget, für den durch Verschulden verursachten Schaden Ersatz zu fordern (§. 1295).

4) Es ist in der Natur der Sache gegründet, daß, wenn die Parteyen über den eigentlichen Sinn und Umfang der im Contracte übernommenen Verbindlichkeiten uneinig sind, der Streit durch den Richter entschieden, und sodann die Erfüllung dieser Entscheidung gemäß geleistet und angenommen werden müsse. Es entsteht nun aber hier die Frage, ob in dem Falle, als für nicht gehörige Erfüllung des Vertrages die Auflösung desselben entweder von den Parteyen selbst, oder von dem Gesetze festgesetzt ist, der sich zur Aufhebung berechtigt haltende Contrahent, die Entscheidung über den zweifelhaften Vertrag früher abwarten müsse, oder ohne selbe abzuwarten von dem Vertrage zurücktreten könne? — Setzen wir z. B. der A habe dem B sein Haus um 10,000 fl. verkauft, und sich dabey bedungen, daß letzterer auf Rechnung des Kaufschillings die auf

dem Hause haftende Schuld pr. 3000 fl. zur Bezahlung übernehmen, die übrigen 7000 fl. aber im Baren entrichten soll. Die Hälfte des Kaufschillings müsse aber binnen einem Vierteljahre um so gewisser entrichtet werden, als sonst, wenn B denselben nicht vollständig entrichten sollte, der Kaufcontract als aufgelöset geachtet werden soll. — Bey Ablauf des Vierteljahres will nun der B dem A 2000 fl. bezahlen, und erklärt den Vertrag dahin, daß die übernommene Schuld pr. 3000 fl. in die Hälfte des Kaufschillings eingerechnet werden müsse; wogegen der A behauptet, es sey darunter die Hälfte des baren Kaufschillings zu verstehen, und der B habe ihm daher 3500 fl. zu entrichten. — Kann nun der A von dem Kaufvertrage früher zurücktreten, und z. B. dieses Haus einem Dritten verkaufen, bevor noch der Richter über den eigentlichen Sinn des Vertrages entschieden hat? — Ich glaube, daß man im Allgemeinen demselben dieses Recht nicht zusprechen könne, daß er aber, wenn er wirklich eigenmächtig von dem Vertrage zurücktreten würde, ihn nur dann zu einem Schadensersatze verhalten könnte, wenn in der Folge entschieden würde, daß die Behauptung des B die richtige sey; — denn die Beantwortung der Frage, ob A berechtiget sey, von dem Vertrage zurückzutreten, ist lediglich abhängig von der Beantwortung der Vorfrage, ob der B von seiner Seite die im Vertrage übernommene Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit geleistet habe. Wird nun in der Folge entschieden, daß er seine Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit nicht geleistet habe, — so ist eben dadurch auch der Beweis hergestellt, daß A das Recht gehabt habe, von dem Vertrage zurückzutreten; wird aber die Sache dahin entschieden, daß B seiner Verbindlichkeit allerdings nachgekommen sey, indem die Auslegung des B die richtigere sey, so zeigt es sich eben, daß A kein Recht gehabt habe, von dem Vertrage zurückzutreten, und er wäre daher dem B zum Ersatze verpflichtet. Inzwischen wäre es Sache des B die den Gesetzen zulässigen provisorischen Sicherheitsmittel zu ergreifen, damit ihm der A sein Recht nicht vereitele, wenn die Entscheidung zu seinen (des B) Gunsten ausfallen sollte.

§. 920.

Nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages können die Parteyen auch mit beyderseitiger Einwilligung nicht mehr davon abgehen; sondern sie müssen einen neuen Vertrag schließen, der als ein zweytes Geschäft angesehen wird.

1) Diese gesetzliche Anordnung beruht auf dem natürlichen Grundsatze, daß dasjenige, was bereits geschehen ist, nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Wurde z. B. ein Geschenk bereits übergeben, oder der Käufer einer unbeweglichen Sache in dem öffentlichen Buche an die Gewähr geschrieben; so ist der Eine und der Andere bereits Eigenthümer der Sache geworden; es steht zwar den vertragmachenden Parteyen frey, mit gegenseitigem Einverständnissen den früheren Zustand wieder herzustellen, aber dieses kann nicht anders geschehen, als daß ein neuer Schenkungs- und Kaufvertrag geschlossen wird.

2) Aus den Worten des Gesetzes: daß die Parteyen nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages nicht mehr davon abgehen können, sondern einen neuen Vertrag schließen müssen, der als ein zweytes Geschäft angesehen wird, könnte man versucht werden, e contrario zu schließen, daß vor gänzlicher Erfüllung des Vertrages, d. h. bevor beyde Theile ihren Verpflichtungen in jedem Puncte nachgekommen seyen, ein einverständliches Zurücktreten noch Statt finde, und die Abschließung eines neuen Vertrages, als eines zweyten Geschäftes, nicht nothwendig sey. — Allein es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß ein solcher Schluß e contrario im Allgemeinen ganz unrichtig wäre. Ist z. B. auch nur von Einem Pascicenten dasjenige vollständig geleistet worden, was er zu leisten sich anheischig machte, — z. B. es wurde die Anschreibung des Käufers bereits erwirkt, der bedungene Kaufpreis aber von ihm noch nicht bezahlt, folglich der abgeschlossene Kaufvertrag in seinem ganzen Umfange nicht erfüllt, so können auch die Parteyen durch gegenseitiges Einverständniß die bereits von Seite des Käufers geschehene Erwerbung des Eigenthums der gekauften

Sache nicht ungeschehen machen; sondern will der Verkäufer wieder das Eigenthum der gekauften Sache erlangen, so muß ihm selbes wieder rückverkauft werden, wobey sich die gegenseitigen Kaufschillings-Forderungen compensiren. — Eben dieses ist der Fall, wenn die Leistung mehrere Puncte, die als selbstständige Gegenstände des Vertrags anzusehen sind, enthält, und davon einige bereits vollständig berichtiget sind, z. B. es wären in einem und dem nähmlichen Kaufsvertrage mehrere Gegenstände verkauft, und dem Käufer wären einige davon bereits ins Eigenthum übergeben worden; denn auch hier kann der Käufer das Eigenthum dieser einzelnen Stücke nur durch einen neuen Act, der als ein besonderes Geschäft angesehen werden muß, wieder verlieren.

3) Will man daher aus dem gegenwärtigen §. durch einen Schluß e contrario die Regel aufstellen, daß die Parteyen vor gänzlicher Erfüllung des Vertrages davon wieder abgehen können, so muß man den Begriff „gänzliche Erfüllung" nur auf dasjenige beschränken, was zur Realisirung der einzelnen Vertragspuncte, die als selbstständige Gegenstände des Vertrages anzusehen sind, zu geschehen hat, und man muß dann die Regel in folgende Worte einkleiden: „Ist noch kein Hauptpunct des Vertrages in gänzliche Erfüllung gegangen, so können die Parteyen noch mit gegenseitiger Einwilligung davon abgehen." Hätte daher z. B. Jemand sein Haus verkauft, und dasselbe dem Käufer bereits in seine physische Innehabung übergeben, so könnten die Parteyen allerdings mit gegenseitigem Einverständnisse noch zurücktreten, weil die physische Uebergabe des Hauses keinen selbstständigen Punct des Vertrages ausmacht, sondern aus der Uebertragung des Eigenthums nothwendig fließt. — Man kann einen Vertrag, der mehrere solche selbstständige Puncte in sich fasset, auch als einen aus mehreren einzelnen Verträgen zusammengesetzten Vertrag ansehen, und die Erfüllung des ganzen zusammengesetzten Vertrages von der Erfüllung der darin vorkommenden einzelnen Verträge unterscheiden.

§. 921.

Allgemeine Bestimmungen entgeldlicher Verträge und Geschäfte.

Bey einem entgeldlichen Vertrage werden entweder Sachen mit Sachen, oder Handlungen, worunter auch die Unterlassungen gehören, mit Handlungen; oder endlich Sachen mit Handlungen, und Handlungen mit Sachen vergolten (§. 864).

Nach den Bestimmungen und Vorschriften über alle Verträge insgemein folgen nun solche, welche bey allen entgeldlichen Verträgen Statt finden (§§. 921 — 935). Bey entgeldlichen Verträgen bezwecken beyde Theile, Etwas in ihre Rechtssphäre zu bringen (§. 864 Nr. 2). Dasjenige, was der eine oder andere Theil in seine Rechtssphäre zu bringen trachtet, kann nun nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. eine Sache, oder eine Handlung im weiteren Sinne des Wortes, nach welchem auch Unterlassungen darunter begriffen werden, seyn. Der Ausdruck „Sache" erhält daher hier einen beschränkteren Begriff, als das Gesetzbuch im §. 285 damit verband, indem dort auch Handlungen oder Unterlassungen in den Begriff von Sachen aufgenommen wurden (§. 285 Nr. 3). Je nachdem nähmlich beyde Theile den Erwerb von körperlichen oder auch unkörperlichen Sachen (Rechten), oder beyde Leistungen oder Unterlassungen bezielen, oder ein Theil den Erwerb von Sachen, der andere aber die Leistung einer Handlung, oder eine Unterlassung beabsichtet, kann man sagen, daß Sachen für Sachen, oder Handlungen gegen Handlungen, oder Sachen für Handlungen, mithin andererseits Handlungen für Sachen geleistet werden können. — Herr Hofrath v. Zeiller macht schon darauf aufmerksam, daß der Unterschied bemerkenswerth sey, weil die Verträge über Handlungen oder Dienstleistungen, denen ein eigenes Hauptstück in dieser Abtheilung gewidmet ist, in manchen Stücken von den Verträgen über Sachen abweichen.

§. 922.

Gewährleistung.

Wenn Jemand eine Sache auf eine entgeldliche Art einem Andern überläßt; so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabey vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt und verwendet werden könne.

1) Aus dem Begriffe eines entgeldlichen Vertrages fließt als eine natürliche Bestimmung die Gewährleistung. Man versteht nähmlich unter derselben die Haftung des Gebers einer Sache für gewisse Eigenschaften derselben, und ihrer Tauglichkeit zu einem bestimmten Zwecke; — denn demjenigen, welcher sich entschließt, aus seiner Rechtssphäre etwas wegzugeben, um dadurch eine bisher in der Rechtssphäre eines Andern gelegene Sache zu erwerben, kann es nicht gleichgültig seyn, welche Eigenschaften diese Sache habe, und zu welchem Zwecke sie benützt werden könne, indem nur die Eigenschaften der Sache, die der Erwerber bey ihr voraussetzt, und die Tauglichkeit zu einem bestimmten Zwecke in ihm den Entschluß hervorbringen konnten, die bestimmte werthvolle Sache oder Leistung hintan zu geben.

2) Der Ausdruck „Sache" scheint hier wieder in einem engeren Sinne genommen worden zu seyn, vermög welchem nur körperliche Dinge darunter verstanden werden; denn von der Gewährleistung bey Uebertragung des Eigenthums unkörperlicher Sachen oder Rechte wird insbesondere in den §§. 1397 — 1399 gehandelt.

3) Es entsteht nun die Frage, für welche Eigenschaften der Uebergeber der Sache zu haften habe? — Die Antwort darauf ist: a) Der Uebergeber hat den Mangel solcher körperlicher Eigenschaften an der Sache zu vertreten, die gewöhnlich bey selber vorausgesetzt werden, oder die im Contracte ausdrücklich bedungen worden sind; b) er hat für das Nichtvorhan-

denseyn solcher Eigenschaften zu haften, welche verhindern, daß die Sache der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt und verwendet werden könne; c) hätte er auch die Existenz solcher juridischen Eigenschaften der Sache in der Regel zu vertreten, welche dem Uebernehmer an der uneingeschränkten Benützung des Eigenthums der ihm abgetretenen Sache hinderlich sind.

4) Uebrigens tritt, wie v. Zeiller bemerkt, diese Vorschrift nicht nur bey entgeldlichen Verträgen insgemein, sondern, wie der allgemeine Ausdruck lehrt, auch bey anderen entgeldlichen Rechtsgeschäften, z. B. bey Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes (§. 841), bey einer Zahlung (§. 1412) u. dgl. ein, weil auch bey diesen der Empfänger ohne den veranlaßten Irrthum sich zur Abfertigung in solcher Art nicht würde verstanden haben. Ausnahmen von der Regel, daß bey entgeldlichen Verträgen die Gewährleistung Platz greife, kommen in mehreren Paragraphen des Gesetzbuches vor, z. B. 1277 und 1283.

§. 923.

Fälle der Gewährleistung.

Wer also der Sache Eigenschaften beylegt, die sie nicht hat, und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; wer ungewöhnliche Mängel oder Lasten derselben verschweigt; wer eine nicht mehr vorhandene, oder eine fremde Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich, oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frey sey; der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.

1) In dem gegenwärtigen §. werden die oben nur im Allgemeinen angedeuteten Fälle der Gewährleistung speciell aufge-

führt. — Der erste Fall der Gewährleistung, welchen das Gesetz hier berühret, ist, wenn der eine Pasciscent der Sache, die er an den anderen zu übertragen erkläret, solche Eigenschaften beylegt, welche ihr mangeln, und die ausdrücklich oder vermög der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; denn in diesem Falle wird der eine Pasciscent von dem andern durch falsche Angaben irre geführt, und der Irrthum betrifft eine Sache, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet, und entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklärt worden. So wie nun in einem solchen Falle der irregeführte Theil zur Erfüllung des Vertrages nicht angehalten werden könnte, weil für ihn keine Verbindlichkeit hieraus entsteht, so ist es auch ganz folgerichtig, daß, wenn in diesem Irrthume befangen, der Vertrag bereits in Erfüllung gegangen wäre, der irreführende Theil dafür verantwortlich sey. Beyspiele der Art sind, wenn Jemand das Portrait eines Menschen verkauft, der mit demselben keine Aehnlichkeit hat; wenn Jemand eine Uhr veräußert, welche sehr unrichtig zeigt, oder öfter ganz stille steht u. m. a.

2) Ganz ähnlich diesem Falle der Gewährleistung ist der, wenn Jemand eine Sache veräußert, welche mit ungewöhnlichen Mängeln und Lasten behaftet ist, und hiervon keine Erwähnung macht. — Gewöhnliche Mängel und Lasten ist kein Contrahent ausdrücklich anzugeben schuldig, sondern es ist die Sache des anderen Contrahenten, sich von dem Daseyn oder Nichtdaseyn dieser gewöhnlichen Mängel und Lasten zu überzeugen, oder wenigstens seinen Mitcontrahenten ausdrücklich hierüber zu befragen. Wer in dem Irrwahne, daß eine Sache selbst von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frey sey, befangen, einen Contract abschließt, ist an seinem Irrthume lediglich selbst schuld, und muß daher auch die Folgen seines Irrthumes sich gefallen lassen (§. 876).

3) Wer eine nicht mehr vorhandene Sache, z. B. ein ohne sein Wissen abgebranntes Haus veräußert, ist in die physische Unmöglichkeit versetzt, den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, und eben so ist derjenige, welcher eine fremde Sache als die seinige veräußert, bey Entdeckung, daß die Sache eine

fremde sey, rechtlich gehindert, den Vertrag in Erfüllung zu bringen. — Im ersten Falle kann der Vertrag ohnehin nie ganz in Erfüllung gehen, und wenn also der andere Pasciscent von seiner Seite den Vertrag bereits in Erfüllung gebracht hätte, so ist er berechtiget, das Gegebene zurückzufordern. — Im zweyten Falle ist es allerdings möglich, daß der Vertrag von beyden Seiten in Erfüllung gebracht worden sey; kommt es nun später auf, daß die Sache eine fremde sey, so ist der Ueberträger hierfür verantwortlich. Wird daher in der Folge die übergebene Sache von einem Dritten evinciret, so hat der Ueberträger dem andern Theile den Schaden zu ersetzen, den er dadurch leidet.

4) Oft begnügt sich der Promissär nicht mit den gewöhnlichen Eigenschaften einer Sache von gewisser Gattung, sondern bedingt sich ausdrücklich, oder vermöge des angedeuteten Zweckes (§. 901) stillschweigend besondere Eigenschaften, z. B. zwey Zugpferde von bestimmter Größe und Farbe zur Ergänzung seines Postzuges, Wein von einem bestimmten Gebirge und Alter u. s. w. Es ist also auch hier natürlich, daß der Uebergeber der Sache dafür haften müsse, daß selbe diese Eigenschaften habe, weil außerdem die Willens-Vereinigung beyder Theile mangelt.

5) Wenn ein Promittent nicht bloß, wie es häufig geschieht, die Güte seiner Waare im Allgemeinen anpreiset, sondern ihr ausdrücklich besondere Eigenschaften zu einem bestimmten Gebrauche beylegt, z. B. daß eine Uhr mit einem Wecker versehen, ein Vogel zum angenehmen Gesang abgerichtet sey, daß die Farbe des Kammertuches beym Waschen nicht ausgehe u. s. w., oder, wenn er vorgibt, daß sie von gewöhnlichen Mängeln oder Lasten (z. B. Steuern, Zehente, Einquartierung) frey sey; so muß er diese Eigenschaften, obschon sie von dem Uebernehmer vorläufig nicht bedungen worden sind, vertreten. Diese aus Zeillers Commentare wiederhohlte Behauptung scheint zwar mit dem §. 872 in Disharmonie zu stehen, da nach selbem ein Irrthum in einem Neben-Umstande, wenn dieser nicht als vorzügliche Absicht erklärt worden ist, immer gültig bleibt, wenn nur beyde

Theile in den Hauptgegenstand gewilliget haben; allein diese gesetzliche Vorschrift äußert ihren Einfluß auf das Institut der Gewährleistung nur dann, wenn von den Wirkungen der Gewährleistung die Rede seyn wird (§. 932).

6) Es liegt in der Natur der Sache, daß hier nur von solchen Mängeln die Rede sey, mit welchen die Sache nicht erst nach der Uebergabe behaftet worden ist. — Für Mängel, welche erst nach der Uebergabe durch Zufall entstanden sind, hat der Ueberträger nicht zu haften, ja selbst in Ansehung solcher Gebrechen, welche nach der Uebergabe durch ein späteres Verschulden des Ueberträgers an der Sache sich ergeben hätten, wären nicht die gegenwärtigen Vorschriften über Gewährleistung, sondern nur die über Schaden-Ersatzleistung und Genugthuung überhaupt in Anwendung zu bringen. — Ich glaube sogar, daß in den §§. 922 u. 923 eigentlich von solchen Mängeln die Rede sey, welche schon zur Zeit des geschlossenen Contractes vorhanden waren; denn nur die Freyheit von solchen Mängeln kann der Ueberträger versichern, er kann aber nicht in die Zukunft sehen und versprechen, daß die Sache auch nach der Hand ohne Gebrechen bleiben werde. — Wer die erst nach dem geschlossenen Vertrage, aber noch vor der Uebergabe entstandenen Mängel zu verantworten habe, wird in den §§. 1047 — 1051 beantwortet.

§. 924.

Wenn ein Stück Vieh binnen 24 Stunden nach der Uebernahme erkrankt oder umfällt; so wird vermuthet, daß es schon vor der Uebernahme krank gewesen sey.

1) Der Regel nach liegt demjenigen, welcher behauptet, daß eine Sache bereits zur Zeit der Abschließung des Vertrages, oder wenigstens zur Zeit der geschehenen Uebergabe mit ungewöhnlichen Mängeln oder Lasten behaftet war, der Beweis ob. — Die Gesetzgebung kann aber gute Gründe haben, in einzelnen Fällen von dieser Regel abzuweichen, und eine entgegengesetzte aufzustellen. — Insbesondere kommen die älteren und

neueren Gesetze verschiedener Länder darin überein, daß, wenn ein Stück Vieh binnen sehr kurzer Zeit nach der Uebernahme erkrankt oder gar umfällt, angenommen werde, dasselbe sey schon vor der Uebernahme krank gewesen. — Das österreichische Gesetz setzt diesen Zeitraum auf 24 Stunden fest. — Der Grund dieser Abweichung von der oben angeführten Regel bey dem Handel mit Thieren ist offenbar der, weil eine Krankheit gewöhnlich nicht erst in dem Augenblicke entsteht, als selbe bemerkbar wird, sondern einige Zeit dazu erforderlich ist, bis der in dem thierischen Organismus gelegte Keim der Krankheit sich dergestalt entwickelt, daß dieselbe wirklich in die Augen fällt. — Aus diesem Grunde muß aber auch gegenwärtige gesetzliche Vorschrift auf Krankheiten im eigentlichen Sinne des Wortes beschränkt bleiben, und darf auf andere äußere Gebrechen oder Verletzungen nicht ausgedehnt werden.

2) Auch dieser Zeitraum von 24 Stunden ist nur Regel. Es gibt mehrere Krankheiten der Thiere, wo das eigentliche Entstehen der Krankheit in einen viel früheren Zeitpunct fällt, als sich selbe erst in der Erscheinung offenbaret. — Für solche Krankheitsfälle muß dann auch dieser Vermuthungstermin erweitert werden. — Die Verschiedenheit der einzelnen Gesetzgebungen bey Festsetzung der einzelnen Krankheiten und dieses Vermuthungstermines hat, wie v. Zeiller bemerkt, die österreichische Hofcommission in Gesetzsachen bewogen, den Gegenstand neuerdings der Untersuchung der Sachverständigen zu unterziehen, um hiernach die Vorschriften, welche in dem nachfolgenden §. vorkommen, in das Gesetzbuch aufzunehmen. Die ärztlichen Bemerkungen, welche ich zur Erläuterung dieser gesetzlichen Bestimmungen beyfüge, entlehne ich aus dem Handbuche der gesammten gerichtlichen Thierarzeneykunde des würdigen verdienstvollen Professors am k. k. Wiener-Thierarzeney-Institute J. C. Veith.

§. 925.

Die nähmliche Vermuthung gilt:

1) wenn binnen acht Tagen bey den Schweinen die Finne, und bey den Schafen die Pocken

oder die Räude (Schäbe); oder wenn bey den letzteren binnen zwey Monathen die Lungen- und Egelwürmer entdeckt werden;

2) wenn bey dem Rindviehe binnen dreyßig Tagen nach der Uebernahme die Drüsenkrankheit, sogenannte Stiersucht, gefunden wird;

3) wenn bey Pferden und Lastthieren binnen fünfzehn Tagen nach der Uebergabe die verdächtige Drüse oder der Rotz, wie auch der Dampf; oder wenn binnen dreyßig Tagen der Dummkoller, der Wurm, die Stätigkeit, der schwarze Staar, oder die Mondblindheit entdeckt wird.

1) Die Finnenkrankheit (Finnen, Pfinnen, Hirsesucht, Perlsucht, Aussatz) ist ein bey den Schweinen häufig vorkommendes, mit der Franzosen-Krankheit des Rindes (Nr. 2) vergleichbares Uebel, bestehend in einer langwierigen Cachexie mit Unthätigkeit des Lymphgefäß-Systemes, und häufiger Erzeugung von Blasenwürmern (Finnen) im Zellengewebe und zwischen den Muskeln. — Das Uebel kann lange bestehen, ehe es wahrgenommen wird, ja die Erkenntniß desselben ist beym Leben des Thieres sehr schwierig, und fast niemahls vollkommen gewiß. Das einzige Zeichen der Gegenwart der Finnen am lebenden Thiere sind die deutlich fühlbaren Knötchen unter der Zunge; jedoch findet man auch diese nicht bey allen lebenden finnigen Schweinen, und anderer Seits kann diese Erscheinung auch bey Thieren vorkommen, die nicht an der Finnenkrankheit leiden. Erst beym Schlachten der kranken Thiere ist das Uebel mit Verläßlichkeit zu erkennen. — Die Finnenkrankheit macht das Fleisch der Schweine zwar nicht schädlich, aber doch ekelhaft; und es ist daher auch verbothen, solches Fleisch zu Markte zu bringen. Von Heilmitteln ist, allen bisherigen Erfahrungen zu Folge, wenig zu erwarten, da die Würmer bey ihrem Auf-

enthalte in den Muskeln der Einwirkung der ihnen widrigen oder tödtlichen Mitteln zu sehr entzogen sind.

2) Die Schafpockenseuche (Blatternseuche) ist eine den Schafen eigenthümliche, ansteckende, fieberhafte Ausschlagskrankheit, welche dasselbe Thier nur ein Mahl in seinem Leben befällt, durch ihren flüchtigen Ansteckungsstoff sehr schnell sich ausbreitet, und zu einer der nachtheiligsten und verheerendsten Seuchen wird, die unter den Hausthieren Statt finden. — Der zur Geltendmachung der oben bezeichneten Vermuthung festgesetzte Termin von acht Tagen ist zur Sicherung des Käufers hinreichend, weil, wenn die Ansteckung mit Pockengift noch unter den Händen des Verkäufers Statt gefunden hat, die Eruption der Blattern längstens binnen acht Tagen erfolgen müßte, also vor Ablauf dieser Zeit leicht erkannt werden kann.

3) Die Räude (Schäbe, Krätze, Grind, Rinde, Ruffe, Schorf) ist eine langwierige und ansteckende Ausschlagskrankheit, welche bey dem Schafe häufig und unter mancherley Gestalten vorkommt. — Diese Räude ist entweder eine trockene oder nasse. Die trockene oder Stallraude, auch die Hungerraude genannt, ist ein geringerer Grad dieser Krankheit, als die nasse, auch Regenfäule genannt. — Sie ist äußerst ansteckend, und kann von einem einzigen Schafe, das mit dieser Krankheit behaftet ist, einer ganzen Herde mitgetheilet werden. — Von dieser eigentlichen Räude müssen aber sorgfältig andere Hautkrankheiten unterschieden werden, welche von weit geringerer Bedeutung, leichter heilbar, und niemahls ansteckend sind; nähmlich die sogenannte falsche Krätze, die Schäben oder die Grindigkeit, und der Maulgrind. — Die Vermuthungszeit ist hier nur auf acht Tage beschränkt, weil ein längerer Termin, wie er in manchen Provinzen Deutschlands (z. B. in Würtemberg und Baden auf fünfzehn Tage) bestimmt ist, dem redlichen Verkäufer leicht zu Schaden gereichen könnte, da dann die Ansteckung, welche durch Schuld des Käufers entstand, dem früheren Besitzer zur Last fallen könnte, ungeachtet er die Herde im gesundesten Zustande übergeben hatte.

4) Die Egelkrankheit (Egelwürmerseuche, Egelseuche, Egelsucht, Anbruch, Anbrüchigkeit, Fäule, Leberfäule, Gelbsucht) ist eine langwierige cachetische Krankheit der Hausthiere, die am häufigsten beym Schafe vorkommt, und ihren Sitz vorzugsweise in der Leber hat, in deren Gallengängen eine Menge von Egelwürmern sich erzeugen. — Sie ist ein hartnäckiges Uebel, um dessen Heilung es jetzt noch sehr mißlich aussieht; sie wird im Anfange schwer erkannt, und nimmt dennoch oft schnell und unaufhaltsam überhand, wenn einmahl die allgemeine Cachexie sich entwickelt hat; sie macht manchmahl bey trockener Witterung einen täuschenden Stillstand, und kann dann leicht verhehlet werden. — Die Vermuthungszeit ist daher bey dieser Krankheit auf zwey Monathe ausgedehnt.

5) Die wurmige Lungenseuche (verminöse Lungensucht, Haarwürmer, Fadenwürmer, Luftröhrenkrätzen) ist eine langwierige cachetische Krankheit des Schafviehes, und zwar vorzugsweise der Sauglämmer und Jährlinge, mit häufiger Bildung von Fadenwürmern in der Luftröhre und ihren Verzweigungen. — In seinen allgemeinsten Erscheinungen und in seinem Verlaufe hat dieses langwierige Wurmleiden manches mit der früher erwähnten Egelkrankheit gemein. — Sie ist gleichfalls am Anfange schwer erkennbar, wenn auch der Keim des Uebels sich schon längst in einer großen Anzahl von Lämmern entwickelt hat, sie kann leicht verhehlt oder mit anderen Krankheiten verwechselt werden, die Heilung ist jederzeit sehr zweifelhaft, und bey einem etwas höheren Grade der Krankheit nie gelungen. Daraus erklärt sich auch die weitere Ausdehnung der Vermuthungszeit.

6) Die Stiersucht oder Drüsenkrankheit (Franzosenkrankheit, Hirsesucht, Perlsucht, Monathreiterey, Rindshammen, Zöpfigkeit, Meerliesigkeit, geile Seuche, Lustseuche, Unreinigkeit) ist eine langwierige, fieberlose Krankheit des Rindviehes, mit übermäßigem aber fruchtlosem Begattungstrieb und krankhaft wuchernder Bildung von Auswüchsen an dem Brust- und Bauchfell, so wie an einigen Baucheingeweiden, mit dem Ausgange in die Auszehrung und den Tod. — Diese Krankheit ist äußerst schwer er-

kennbar. — Das Fleisch eines geschlachteten, mit dieser Krankheit behafteten Rindes ist mit Ausnahme des Rippenfelles oder anderer Membranen, an welchen stellenweise einige Auswuchsgeschwülste sitzen, eben so, wie bey einem vollkömmen gesunden Thiere genußbar.

7) Wenn in dem gegenwärtigen §. die verdächtige Drüse und der Rotz unter Einem angeführt werden, und die gleiche Vermuthungszeit für beyde bestimmt wird, so geschah dieses in der Voraussetzung, daß in vielen Fällen eine genaue Sonderung dieser beyden Krankheiten nicht leicht möglich ist; daß sehr häufig ein Uebergang aus der ersteren in die zweyte Form Statt findet, ohne daß der Zeitpunct, in welchem dieser unglückliche Uebergang erfolgt, jemahls mit Bestimmtheit angegeben werden kann. Sehr oft geht die verdächtige Drüse der Rotzkrankheit vorher, indem diese aus jener sich entwickelt, stellt sie gewissermaßen nur einen höheren Grad und eine weitere Ausbildung des katarrhös-lymphatischen Allgemeinleidens in ein unheilbares örtliches Leiden der Luftwege und ihrer Umgebungen dar. Die verdächtige Drüse jedoch ist, als ein, selbst unter den scheinbar ungünstigsten Verhältnissen zuweilen noch Heilung zulassendes Uebel ist, zur größeren Sicherung der Käufer, nur in so fern unter die Zahl der Hauptmängel aufgenommen, weil ihr Uebergang in den Rotz, als in ein unheilbares Leiden, so leicht möglich, ja sogar wahrscheinlich ist. Die Rotzkrankheit (der Rotz, Pferderotz, die Rotzigkeit, Rutzigkeit, Hirnrotz, Rückensteinrotz) ist eine, nur dem Pferdegeschlechte allein eigenthümliche, langwierige, ansteckende Krankheit, mit vorwaltenden örtlichen Leiden der Nasenschleimhaut und der Hinterkieferdrüsen, welche nach längerer oder kürzerer Zeit ein allgemeines unheilbares Leiden und die Entwickelung eines höchst bösartigen Ansteckungsstoffes zur Folge hat. — Seiner Entstehung nach ist der Rotz zweyfach; er erzeugt sich entweder selbst durch ursprüngliche Entwickelung, oder er wird durch Ansteckung von einem kranken auf ein gesundes Thier übertragen. — Die wichtigsten Erscheinungen der Rotzkrankheit, die, wenn sie in ihrer Gesammtheit durch längere oder kürzere Zeit zugegen sind, das Daseyn

jenes ansteckenden Uebels ohne Widerrede erweisen, sind folgende: a) Der Ausfluß aus der Nase, welcher entweder aus beyden Nasenlöchern zum Vorscheine kommt, oder öfters nur einseitig ist, und im letzteren Falle um so verdächtiger erscheint. — Im Anfange ist diese Feuchtigkeit dünn und wasserhell, im weiteren Verlaufe der Krankheit wird sie nach und nach trübe und flockig, mit klumpigen oder körnigen Massen vermischt, oder gleichförmig dicklich und eiterähnlich; allmählich wird sie mehr zähe und klebrig, wo sie dann am Rande der Nasenlöcher als schmutziger Schorf sich anlegt. Die Anfangs farblose Rotzmaterie ist nun grünlich, später wird sie mißfärbig, bräunlich, aschengrau, schwärzlich, oder von beygemengtem Blute röthlich. b) Die Veränderungen in der Schleimhaut der Nasenhöhle. Jene, welche meist blaß und welk, im Anfange mit röthlichen Streifen durchzogen, oder roth getupft ist, wird späterhin sehr mißfärbig, bläulich, braun oder bleyfärbig, und verwandelt sich durch Auflockerung der Geschwürränder in eine unebene und rauhe Fläche. c) Die Geschwüre in der Nase, wenn sie, dem Auge erkennbar, in dem unteren Theile der Nasenhöhle sitzen. d) Die Anschwellung und Verhärtung der lymphatischen Drüsen im Kehlgange, welche ziemlich dicht an der inneren Fläche des Hinterkiefers, tief gegen die Zunge zu, sitzen, meist einseitig erscheinen, kugelförmig bis zur Größe einer welschen Nuß, keinen Eindruck mit den Fingern annehmen, deutlich begränzt, hart, zuweilen festsitzend, öfters aber unter der Haut verschiebbar, selben schmerzhaft, sondern kalt und unempfindlich sind, und nie in Eiterung übergehen. — Jedes der genannten Symptome, für sich allein betrachtet, und nicht von mehreren anderen Rotzzufällen begleitet, kann also keineswegs eine Diagnose der Krankheit begründen, so wie selbst durch eine besondere Vereinigung von Umständen mehrere dieser Zeichen zusammentreffen können, ohne mit jenem ansteckenden und gefährlichen Uebel in Verbindung zu stehen. Nur die Uebereinstimmung aller Symptome in ihrer Gesammtheit, oder doch der meisten und wesentlichsten, wenn sie im hohen Grade zugegen sind, die genaue Prüfung dieser Erscheinungen, so wie eine

gleichzeitige, möglichst sorgfältige Untersuchung und Beachtung gegenwärtiger sowohl, als vorausgegangener Umstände und ursächlicher Verhältnisse können zu einer richtigen Erkenntniß führen. — Bey dem Pferdehandel geschieht es öfters, daß der Rotz mit der Drüse, dem Strengel oder den Geschwüren der Nasenhaut verwechselt wird; nur eine genaue Beachtung und Prüfung der oben angedeuteten Erscheinungen kann diese Verwechselung verhindern. — Die Vermuthungszeit für diese Krankheit ist auf fünfzehn Tage bestimmt; ein Zeitraum, welcher zur Entdeckung der Krankheit, also zur Sicherung des Käufers gegen zufällige oder absichtliche Täuschung vollkommen hinreichend, und keineswegs zu kurz, — ungeachtet in vielen anderen Ländern dieser Termin auf dreyßig Tage und auch darüber festgesetzt ist, welcher letzterer Termin offenbar zu lang ist, indem der durch Ansteckung entwickelte Rotz binnen 10 — 12 Tagen schon ziemlich deutlich erkennbar wird.

8) Der Dampf (das Keuchen, Athemkeuchen, die Engbrüstigkeit, Herzschlechtigkeit, Herzschlägigkeit, Bauchbläßigkeit, Dämpfigkeit, Versteckung, Haarschlechtig, Dampf, Schlagebäuchen) ist eine langwierige, bald heilbare, bald unheilbare, meist fieberlose Athmungsbeschwerde, welche von den mannigfaltigsten Krankheitszuständen der Luftwege und Athmungswerkzeuge abhängig seyn kann, schon im ruhigen Zustande des Thieres bemerklich ist, bey der Bewegung aber in einem verschiedenen Grade von Heftigkeit zunimmt, und nicht selten bis zur Erstickungsgefahr steigt. — Es gibt folgende einzelne Arten des Dampfes: a) der Lungenkrampf, b) die Verwachsung der Lunge mit dem Rippenfell, c) die Brustwassersucht, d) die Verhärtung und das Fleischigwerden der Lunge und die Bildung von Lungenknoten, e) die wahre Lungenschwindsucht oder Vereiterung der Lunge, f) die Mißbildung oder sonstige kranke Beschaffenheit des Luftröhrenkopfes. — Außer diesen besonders benannten Krankheiten, welche alle unter die Gattung Dampfkrankheit gehören, gibt es aber auch andere ursächliche Momente des Dampfes, die bald in den Luftwegen,

bald in deren Umgebungen sich finden können. — Indessen können die wesentlichen Merkmahle des Dampfes: beschleunigtes, erschwertes Athmen mit angestrengter Flankenbewegung, mit schnaufendem Geräusche, mit Husten u. s. w., auch sehr oft durch Krankheitszustände verursachet werden, welche schnell vorübergehend sind, und deßhalb, so wie wegen ihrer leichten Heilbarkeit, vom wirklichen Dampfe sich noch weit entfernen. — Selbst bey sonst gesundem körperlichen Zustande können einzelne Erscheinungen des Dampfes vorkommen, die zu einem irrigen Urtheile verleiten können. Es ist daher bey Untersuchung, ob der Dampf wirklich vorhanden sey, mit der größten Vorsicht zu Werke zu gehen. — Der von dem Gesetze hier festgestellte Vermuthungstermin ist hinreichend, um für beyde Parteyen Sicherheit zu verschaffen. Die Zeitfrist von 30 Tagen, welche in einigen andern Ländern festgesetzt ist, ist offenbar zu lang, und gefährdet dadurch allzusehr die Rechte des Verkäufers, von welchem eine so lange Bürgschaftsleistung billiger Weise nicht gefordert werden kann; denn es können Brustentzündungen, die beym Pferde einen äußerst schnellen Verlauf nehmen, bey der Fortdauer schädlicher Einflüsse und versäumter oder zweckwidriger Behandlung, binnen wenigen Tagen den augenblicklichen Uebergang in eine jener langwierigen Folgekrankheiten nehmen, welche allezeit die Zufälle des Dampfes mit sich verbinden. Sonach kann auch ein, zur Zeit des geschlossenen Handels vollkommen gesundes Pferd, welches im Zuge oder im Laufe übermäßig angestrengt, oder den schädlichsten Witterungseinflüssen bloß gestellt wurde, nach wenigen Tagen in ein Entzündungsfieber verfallen, und so durch die Schuld des Käufers dämpfig geworden seyn.

9) Der Koller ist eine langwierige Krankheit des Pferdes, mit Störungen in den Verrichtungen des Gehirns und der Nerven, welche bald durch eine Stumpfheit der Empfindung, durch Trägheit der Muskel- und Gefäßbewegung, bald wieder durch Täuschungen der Sinne und des Gemeingefühls und vermindertes oder aufgehobenes Bewußtseyn sich äußert, welche Zufälle entweder anhaltend zugegen sind, oder nur periodisch eintreten. — Der Koller findet sich in einem sehr verschie-

denen Grade von Heftigkeit und Ausbildung. Bald sind seine Zufälle so unbedeutend, daß es schwer hält, auch bey großer Aufmerksamkeit und langwieriger Beobachtung vollkommene Gewißheit über die Gegenwart der Krankheit zu erlangen; bald ist er wieder in einem solchen Grade zugegen, daß man das Thier nur zu erblicken braucht, um es mit der sichersten Ueberzeugung für kollerisch zu erklären. Nicht selten ist der Koller periodisch, und erscheint, durch bekannte oder unbekannte Einflüsse begünstigt, zu unbestimmten Zeiten mit größerer oder geringere Heftigkeit, verschwindet dann wieder, dergestalt, daß man an dem Pferde kaum eine Spur von Sinnesabwesenheit bemerken kann, und findet sich dann oft plötzlich und ganz unvermuthet wieder ein. — Die Formen des Kollers sind nach den Ursachen und Erscheinungen verschieden, und werden eingetheilt in den stillen, dummen und rasenden Koller. — Der Dummkoller oder Schieber, von welchem eigentlich im gegenwärtigen §. die Rede ist, ist nur ein höherer Grad des Schafkollers, und hat die Zeichen des aufgehobenen Gemeingefühles und thierischen Bewußtseyns mit dem stillen Koller gemein; noch kommen die Erscheinungen der gesunkenen Reproduction, und des daher entstehenden faulichten Zustandes hinzu. — Der Stillkoller oder der Dummkoller geht nach längerer Dauer manchmahl in einen mit Wuth und Raserey verbundenen Zustand über, welcher rasender Koller, Springkoller, Tollkoller genannt wird; zuweilen aber beginnt der Koller überhaupt mit solchen Anfällen von Raserey, ohne daß früher etwas vom stillen Koller bemerkt worden wäre. Beym rasenden Koller scheinen Bewußtseyn und Gemeingefühl ganz aufgehoben zu seyn. — Die einzelnen Paroxismen des rasenden Kollers halten durchaus keine Periode, und kehren nicht zu bestimmten Zeiten zurück. Zuweilen kommt der Anfall ohne alle bekannte äußere Veranlassung zum Ausbruch; oftmahls wird er dadurch erregt, wenn ein am stillen Koller leidendes Pferd durch längere Zeit der Einwirkung der heißen Sonnenstrahlen ausgesetzt war, wenn es in einem luftdicht verschlossenen, widrigen und dünstigen Stalle gehalten, oder wenn es durch eine heftige Bewegung und Anstrengung

in Reiten oder Fahren allzusehr erhitzt wurde. — Es gibt übrigens verschiedene Krankheiten des Pferdes, welche in einzelnen Erscheinungen mit denen des Kollers übereinkommen, und daher mit selbem leicht verwechselt werden können, wenn bey der Untersuchung nicht mit der größten Aufmerksamkeit und Sorgfalt vorgegangen wird. Solche Krankheiten sind die eigentliche Gehirnentzündung, die Stumpfheit und Betäubung in entzündlichen, fauligen und nervösen Fiebern, der sogenannte Magenkoller, der Schwindel und die Fallsucht. Der Vermuthungstermin ist bey dieser Krankheit auf dreyßig Tage festgesetzt. — Wenn man bedenkt, daß der Koller durch das zufällige Zusammentreffen mehrerer plötzlich oder allmählig einwirkenden ursächlichen Schädlichkeiten in einer viel kürzeren Zeit entstehen und sich ausbilden könne, so sollte man glauben, daß dieser Termin zu lange hinausgedehnt sey, und der redliche Verkäufer durch einen unzufriedenen oder betrügerischen Käufer in seinen Rechten leicht beeinträchtiget werden könnte. Es läßt sich auch nicht in Abrede stellen, daß dieses in manchen Fällen geschehen könne; allein wenn man dagegen erwägt, daß jene Fälle noch viel häufiger sind, wo der Koller als verborgene Krankheit, oder zu einem hohen Grade ausgebildete Anlage im Pferde unerkannt zugegen ist, daß er manchmahl längere Zeit aussetzt, und nur periodisch wiederkehrt, daß ferner das mit einem leichteren Grade des Uebels behaftete Pferd unter günstigen Umständen, z. B. bey kühlem Wetter, Aufenthalt im Freyen u. s. w., einen täuschenden Anschein einer vollkommenen Gesundheit annehmen kann; so muß man sich überzeugen, daß eine kürzere Vermuthungszeit den Käufer weit öfter, und in eine unverhältnißmäßig größere Gefahr setzen muß, als jene ist, welche bey der längeren Vermuthungszeit den Verkäufer treffen kann.

10) Der Wurm (Hautwurm, fliegender, reitender, aufwerfender Wurm, Springwurm, Hundswurm, Pferdeblattern, Wurmbeulen, Schnurwurm, Hühnerarsch) ist eine dem Pferdegeschlechte eigene, langwierige und ansteckende Krankheit, die vorzugsweise das Lymph-System ergreift, und durch zerstreute

oder schnurförmig an einander gereihte Beulen oder Knoten und Geschwüre der Haut sich zu erkennen gibt. — Der Wurm ist, seiner Entstehung nach, entweder ein selbst entwickelter, der unter dem Zusammenflusse bestimmter Schädlichkeiten sich allmählig ausbildet, oder er ist ein durch Ansteckung von einem wurm- oder rotzkranken Pferde übertragener. Er ist dem Grade nach entweder gut- oder bösartig. Im gegenwärtigen §. ist sicherlich nur vom letzteren die Rede, da der erstere ein gefahrloses, rein örtliches und leicht heilbares lymphatisches Leiden ist. Da vielfältigen Erfahrungen und selbst eigens angestellten Versuchen zu Folge, der durch Ansteckung mitgetheilte Wurm binnen zwölf — vierzehn Tagen sich deutlich genug entwickelt; so scheint der gesetzliche Vermuthungstermin von dreyßig Tagen zu ausgedehnt zu seyn. Allein es ist dagegen in Betrachtung zu ziehen, daß der Wurm schwerer erkennbar sey, als der Rotz, da die Beulen oftmahls von einer Seite verschwinden, und erst später an einer anderen wieder zum Vorscheine kommen, und das Uebel vor seiner sichtbaren Ausbildung oft durch längere Zeit verborgen oder unerkannt im Körper herumschleicht.

11) Die Stätigkeit (Stützigkeit) bezeichnet bald eine Untugend, bald eine wirkliche Nervenkrankheit der Pferde, welche meistens periodisch sich einfindet, durch eine ungewöhnliche und hartnäckige Widersetzlichkeit gegen den Willen des Führers sich äußert, und in einem verschiedenen Grade von Heftigkeit und Dauer beobachtet wird. Sie ist bald ein vorübergehendes momentanes, und in unbestimmten Zeiten zurückkehrendes, bald ein anhaltendes Uebel; sie ist entweder absolut oder relativ; ersteres ist sie, wenn sie unter allen Umständen und bey jeder Dienstleistung, zu welcher das Pferd verwendet wird, so wie unter der Leitung was immer für eines Führers ohne Unterschied sich äußert; letzteres, wenn sie bedingungsweise, nur unter besonderen Verhältnissen Statt findet, wenn das Pferd nur gewissen Bewegungen und Dienstleistungen widerstrebt, gerade unter der Hand des einen Reiters eine boshafte Widersetzlichkeit äußert, während es zu einem anderen Gebrauche und unter einer anderen Leitung mit Leichtigkeit und gutem Erfolge ver-

wendet werden kann. Die Stätigkeit ist auch oft bloß eine scheinbare, nähmlich dann, wenn die ihr ähnlichen Erscheinungen von materiellen äußeren Ursachen bedingt sind, welche leicht entfernt werden können, z. B. von schlechter Zäumung, von einem scharfen, gesplitterten Mundstück, von drückendem, stechenden Geschirre, nach deren Beseitigung die anscheinend boshafte Widersetzlichkeit aufhört, und das Thier dem Rufe willig Folge leistet. Wird das Thier durch einige Zeit zu einer ungewohnten Dienstleistung mit Zwang angehalten, z. B. als Reitpferd, wenn es früher bloß zum Ziehen benützt wurde, so erhält sein Benehmen gleichfalls oftmahls den Anschein der Stätigkeit; so auch, wenn auf seine Sinne durch andere, fremdartige, ungewohnte Eindrücke gewirkt wird, z. B. auf den Gehörsinn durch ein ungewöhnliches Getöse; auf den Gesichtssinn durch einen plötzlichen Uebergang aus einem sehr dunkeln Ort ins hellste Sonnenlicht u. s. w. Zu ähnlicher Widersetzlichkeit, wie bey der Stätigkeit, kann das Pferd aufgeregt werden, wenn es an einen Ort oder in dessen Nähe gebracht wird, vor welchem es, wegen früherhin da erlittenen Mißhandlungen, einen ganz besonderen Abscheu hat; so sind auf entgegengesetzte Art Hengste, welche eine rossende Stute in der Nähe spüren, von dieser Stelle nicht wegzubringen. — Bey der Untersuchung muß daher mit aller Vorsicht zu Werke gegangen werden. Aehnliche Uebel, mit denen die Stätigkeit verwechselt werden kann, sind: a) der Koller, b) der Schwindel und die Fallsucht. Die Verwechselung der Stätigkeit mit diesen Krankheiten setzt jedoch eine bloß oberflächliche Beurtheilung der äußeren Erscheinungen voraus, und kann daher auch leicht vermieden werden. — c) Am meisten Aehnlichkeit mit der Stätigkeit hat die Scheue, ein Uebel, welches zwar den Gebrauch des damit behafteten Thieres nicht wenig beeinträchtiget, doch keineswegs mit jener Gefahr für den Eigenthümer verbunden ist. Auch bey der Scheue sträubt sich das Thier gegen das Weitergehen, allein nicht aus boshafter Widersetzlichkeit, sondern aus Furcht, die aus dem Betragen des Thieres sich leicht erkennen läßt. — Junge Pferde, welche noch niemahls beschlagen, gezäumt und geritten worden sind, niemahls

zum Zuge verwendet wurden, und die bey diesen Gelegenheiten sich höchst widerspenstig zeigen, können für wahrhaft stätig nicht gehalten werden; weil die Stätigkeit im Sinne des gegenwärtigen §. eine Krankheit der Pferde ist, diese Art Stätigkeit aber, wenn man sie so nennen will, bloß Mangel an Dressur ist. — Die Vermuthungszeit ist gleichfalls hier auf dreyßig Tage festgesetzt. Man hat dagegen erinnert, daß sie zu lang sey, weil während derselben die Stätigkeit unter dem neuen Besitzer sich erst bilden oder von einem betrügerischen Käufer künstlich hervorgebracht werden könne. Diese Besorgniß ist zwar nicht ungegründet, jedoch ist auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß eine kurze Vermuthungszeit wieder dem Käufer nachtheilig werden und ihn der Wohlthat berauben kann, welche das Gesetz der Gewährleistung zu seinem Gunsten beabsichtigte, da er ein Pferd, das nur periodische, aber um so gefährlichere Anfälle von Stätigkeit hat, mehrere Wochen besitzen kann, ohne diesen Fehler, dem das Thier doch in so hohem Grade unterliegt, und der dessen Werth so sehr herabsetzt, jemahls wahrgenommen zu haben.

12) Der schwarze Staar (die Blindheit, Scheinblindheit) bezeichnet einen krankhaften Zustand des Sehnervens und der Markhaut, oder auch des Gehirnes, welcher durch eine Unempfindlichkeit gegen den Eindruck des Lichtes und völlige Blindheit sich äußert, wobey alle übrigen Gebilde des Auges ihre natürliche Beschaffenheit haben können. — Das Erkenntniß des schwarzen Staares ist nicht jedes Mahl leicht, und Täuschungen sind sehr häufig. Die Heilung desselben, selbst wenn er in einem sehr geringen Grade zugegen ist, bleibt immer sehr zweifelhaft. — Die Vermuthungszeit ist auf dreyßig Tage festgesetzt, ein Zeitraum, welcher lange genug ist, um das Verhalten des Thieres unter verschiedenen Umständen zu beobachten, und jene verborgene Krankheit zu erkennen, in welcher Gestalt und in welchem Grade sie immer zugegen seyn mag. Einige Schriftsteller über gerichtliche Thierarzeneykunde halten zwar eine viel kürzere Zeit für hinreichend, und Tschnulein will sie auf nicht mehr als vier Tage festgesetzt haben, um den Verkäufer nicht zu gefährden und ihn gegen den möglichen Betrug der künstlichen Her-

vorbringung des schwarzen Staares sicher zu stellen; allein bey einer so kurzen Vermuthungszeit tritt die entgegengesetzte Besorgniß in noch viel höherem Grade ein, daß nähmlich der unbefangene Käufer, der das wirklich gegenwärtige Uebel in einer so kurzen Zeit auszumitteln nicht im Stande wäre, von betrügerischen Händlern leicht übervortheilt werden könnte, ohne durch das, in dieser Absicht gegebene Gesetz hinreichend geschützt zu werden, welches seinen Gegner allzusehr begünstiget. Vorzüglich aber könnte dieß bey dem periodischen und dem beginnenden Staare der Fall seyn, wo das Uebel theils schwer erkennbar, zuweilen aussetzend, theils nur durch gewisse Veranlassungen, heftige Bewegung und Anstrengung, große Hitze, senkrecht auf den Kopf einwirkender Sonnenstrahlen u. s. w. erst zu dem Grade gesteigert wird, daß es ohne besondere thierärztliche Kenntnisse bey einer gewöhnlichen Aufmerksamkeit schon erkannt werden kann.

13) Die Mondblindheit (Monathblindheit, der Mondfluß, die periodische Augenentzündung, Mondblindsucht) ist eine öfters wiederkehrende Augenentzündung der Pferde, die sich an keine Zeit bindet, sondern in unbestimmten periodischen Anfällen sich äußert, und welcher daher der Nahme ungerecht beygelegt wurde, weil man ehemahls der irrigen Meinung war, daß ihre Erscheinung von dem Wechsel des Mondes bedingt sey. Sie entsteht gewöhnlich sehr schnell; oft bildet sie sich während einer einzigen Nacht aus, wenn auch früher gar nichts davon wahrgenommen werden konnte. — Ist sie im höheren Grade zugegen, oder sind bereits schon mehrfache Anfälle vorübergegangen, so ist sie leicht zu erkennen; schwierig wird dagegen ihre Erkenntniß, wenn sie erst im Beginnen oder in einem leichten Grade ist. Sie entwickelt sich entweder in Folge eines constitutionellen und erblichen Fehlers durch die Anlage des Thieres zu diesem Uebel, oder aus einem allgemeinen Leiden des Körpers, oder endlich durch die Einwirkung äußerer Schädlichkeiten. Der hier vom Gesetze festgesetzte Vermuthungstermin von dreyßig Tagen ist hinreichend zur Erkenntniß und Ausmittelung der Krankheit. Ein längerer Termin, wie er in manchen anderen Ländern gesetzlich bestimmt ist, und wie mehrere thierärztliche Schriftsteller solchen überall

eingeführt haben wollen, würde den Käufer allzusehr begünstigen und den redlichen Verkäufer gefährden. Bey der von dem österreichischen Gesetze in Vergleich mit anderen Ländern und den obenerwähnten Meinungen der Schriftsteller festgesetzten kürzeren Vermuthungszeit ist zwar die Möglichkeit eines Betruges von Seite des Käufers und der daraus für den redlichen Verkäufer hervorgehenden Gefahr nicht ganz aufgehoben, sie wird jedoch dadurch unstreitig vermindert. Dagegen wird der Fall nur selten eintreten, daß die zurückgebliebenen Spuren der periodischen Augenentzündung, wenn diese wirklich vorhergegangen ist, oder ein wiederhohlter Anfall dieses Uebels selbst binnen der gesetzlichen Vermuthungszeit von dreyßig Tagen nicht zur Erkenntniß des übervortheilten Käufers kommen sollte.

14) Dadurch, daß das österreichische Gesetzbuch diese Krankheiten besonders heraushebt, und für selbe eine besondere, von der Regel des vorigen §. abweichende Vermuthungszeit festsetzt, hat es keineswegs andere Krankheiten der Thiere von der Haftung des Uebergebers ausgeschlossen; sondern es tritt diese Haftung auch bey allen anderen nicht ausdrücklich bezeichneten Krankheiten ein, in so fern sie als ungewöhnliche Mängel der Thiere angesehen werden (§. 923), worüber nach Umständen die Sachverständigen Auskunft geben müssen. Bey diesen kömmt übrigens die Vorschrift des §. 924 in Anwendung. Die Haftung des Uebergebers tritt auch bey unbedeutenden Fehlern, die zu den ungewöhnlichen nicht gerechnet werden können, jedoch nur dann ein, wenn von demselben ausdrücklich zugesichert wurde, daß das Thier von jedem Fehler überhaupt, oder insbesondere von dem Fehler der Frage ganz frey sey.

§. 926.

Von dieser rechtlichen Vermuthung (§. 924 u. 925) kann aber der Uebernehmer eines solchen Stückes Vieh nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Uebergeber oder Gewährsmanne sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt, oder

in dessen Abwesenheit dem Ortsgerichte oder Sachverständigen die Anzeige macht, und den Augenschein vornehmen läßt.

1) Außerdem, daß die Krankheit binnen der bestimmten Zeit sich entdecken muß, fordert das Gesetz auch zur Begründung der in den vorhergehenden beyden §§. erwähnten rechtlichen Vermuthung, daß der Uebernehmer seinem Gewährsmanne sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gebe. Es frägt sich nun aber hier, was das Gesetz unter dem Ausdrucke „sogleich" verstehe? — Ich glaube nun diese Gesetzesstelle mit Bezug auf diesen Ausdruck dahin deuten zu dürfen, daß der Uebernehmer, so bald er von der Krankheit des Thieres Kenntniß erhält, ohne unnöthigen Aufschub (§. 904) seinen Gewährsmann hiervon in der Art in Kenntniß setzen müsse, daß sich noch vor Ablauf des gesetzlich festgesetzten Termins von dem wirklichen Bestehen der Krankheit überzeugt werden könne. Erkrankt daher das Thier erst zu Ende der bestimmten Zeit, so wird es genügen, wenn der Uebernehmer den Uebergeber sogleich von dem Umfalle benachrichtiget, und sich inzwischen durch Beyziehung der Sachverständigen, oder wenn diese in so kurzer Frist nicht aufzutreiben wären, wenigstens durch Zeugen, die im Stande sind, die äußerlichen Erscheinungen der Krankheit zu beachten, den Beweis zu sichern suchet, daß das Thier noch vor Ablauf des bestimmten Termins krank geworden sey. Hat er dieses gethan, so hat er die Vermuthung aufrecht erhalten, wenn es auch nicht mehr möglich seyn sollte, die ordentliche Untersuchung des bemerkten Gebrechens vor Auslauf des gesetzlichen Termins vorzunehmen; — denn dadurch ist bewiesen, daß das Vieh vor Ablauf der bestimmten Frist krank geworden sey, und die auch späterhin herbeygehohlten Sachverständigen werden bestimmen, worin die Krankheit bestehe. Hat der Uebernehmer, der eine geraume Zeit vor Ablauf des Termines den Fehler schon bemerkte, die Anzeige aber unnöthiger Weise so lange verspäret, daß vor Auslauf der Frist sich der Uebergeber die Ueberzeugung nicht verschaffen kann, so kömmt ihm diese Vermuthung nicht mehr zu Guten.

2) Ist der Uebergeber an dem Orte, wo das Vieh erkranket, nicht anwesend, so ist der Uebernehmer gehalten, die Anzeige des Erkrankungsfalles dem Ortsgerichte, oder in so fern auch dieses seinen Sitz nicht an diesem Orte, sondern in einiger Entfernung hätte, Sachverständigen zu machen, und den Augenschein vornehmen zu lassen. Die Anzeige an den Uebergeber hat offenbar zum Zwecke, damit derselbe dem Ausscheine beywohnen, und seine Erinnerungen machen könne. — Die Vornahme einer Beaugenscheinigung scheint daher für jeden Fall vor sich gehen zu müssen; denn nur dadurch kann der Uebernehmer den legalen Beweis herstellen, daß das Thier von dieser oder jener Krankheit befallen wurde. — Ist dasselbe in Folge des krankhaften Zustandes, der von dem Gewährsmangel herrührt, zu Grunde gegangen, so wird dieses durch gesetzmäßige Untersuchung des Cadavers wo möglich auszumitteln seyn. — Das Ortsgericht wird bey Abwesenheit des Uebergebers wohl thun, wenn es für ihn einen Curator aufstellet, der bey der Beaugenscheinigung dessen Interesse bewahren soll, und dieser wird sehr zweckmäßig die Sachverständigen, wenn sie bey der Beurtheilung zu oberflächlich zu Werke gingen, auf jene Puncte aufmerksam machen, die dabey in Erwägung gezogen werden müssen.

3) Der Ausdruck „Sachverständigen" im gegenwärtigen §. läßt es etwas zweifelhaft, ob derselbe in der vielfachen Zahl zu nehmen sey, oder ob es auch hinreiche, wenn nur Einem Sachverständigen die Anzeige gemacht wird? — die Beantwortung dieser Frage wird um so zweifelhafter, wenn man die dießfällige Vorschrift des preußischen Gesetzbuches, das in dieser Hinsicht ganz gleiche Grundsätze, wie das Oesterreichische aufstellt, und das sich bey Verfassung des österreichischen Gesetzbuches gewiß vor Augen gehalten worden ist, dann die des gallizischen Gesetzbuches, als Entwurf des gegenwärtigen mit dem gegenwärtigen §. vergleicht, welche beyde Gesetzbücher ausdrücklich nur von einem Sachverständigen sprechen. — Hätten die Verfasser des gegenwärtigen Gesetzbuches einen einzigen Sachverständigen für genügend gehalten, so scheint es, daß sie von dem früher gebrauchten Ausdrucke nicht abgewichen wären; da-

gegen muß es aber auch auffallen, daß, wenn sie einen einzigen Sachverständigen nicht mehr genügend angesehen haben, sie sich nicht deutlicher hierüber ausgedrückt, und z. B. den §. ausdrücklich nicht dahin stylisiret haben, daß wenigstens zweyen Sachverständigen die Anzeige gemacht werden müsse. — Ich glaube, daß man es wünschenswerth gefunden habe, wenn die Krankheit von mehreren als bloß einen Sachverständigen untersucht wird, daß man daher die Parteyen antreiben wollte, mehrere Sachverständige zu zuziehen, daß man aber die Zuziehung mehrerer Sachverständigen nicht zur Wesenheit erheben wollte. Es wird daher besonders in Orten, wo sich keine, oder nicht so viele Sachverständigen befinden, die Anzeige an einen einzigen genügen.

§. 927.

Vernachlässiget der Uebernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Vieh schon vor Schließung des Vertrages mangelhaft war. — Immer steht aber auch dem Uebergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Uebergabe eingetreten sey.

1) Wenn also der Besitzer von einem Stück Vieh, das während der in den §§. 924 u. 925 bestimmten Zeit erkrankt, vernachlässiget, sogleich seinem Gewährsmanne, oder dem Ortsgerichte oder Sachverständigen die Anzeige zu machen, damit, wo möglich, noch vor Ablauf dieser Frist die Untersuchung des kranken Viehes vorgenommen werden könne, so verliert er zwar das Recht nicht, von seinem Vormanne die Gewährleistung zu fordern, und die sogenannte Wandelungsklage (actio redhivistoria) (§. 932) gegen ihn anzubringen; allein da durch dieses Versäummniß für ihn die Vermuthung verloren geht, daß das Vieh schon vor der Uebergabe mit dem fraglichen Mangel behaftet war, so liegt ihm, wenn er diese Klage anstrengen will, der in den meisten Fällen schwierige Beweis ob, daß das Vieh schon vor der Uebernahme mit dem Mangel be-

haftet war. — Diese Bemerkung wird auch ohne Zweifel von dem Falle zu gelten haben, wenn das Vieh erst nach der in den §§. 924 u. 925 bestimmten Zeitfrist erkrankt [1]).

2) Aber auch dem Uebergeber steht das Recht zu, die für den Gegner streitende Vermuthung, oder den von demselben versuchten Beweis durch den Gegenbeweis zu entkräften, daß das Vieh während seiner Besitzzeit mit dem vorgegebenen Mangel nicht behaftet war, oder daß der Unfall durch eigenes Verschulden des Gegners oder erst nach der Uebergabe durch Zufall entstanden sey.

§. 928.

Fallen die Mängel einer Sache in die Augen; oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen; so findet, außer dem Falle einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frey sey, keine Gewährleistung Statt (§. 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden.

1) Mußte der Mangel einer Sache, z. B. daß das Pferd sehr alt, lahm oder einäugig, oder daß das verkaufte Haus baufällig, ein Geschirr unrein und fleckig ist, dem Uebernehmer in die Augen fallen; so muß man annehmen, daß er es wahrgenommen, und dessen ungeachtet, vermuthlich des geringeren Preises wegen, zur Uebernahme sich verstanden habe; sohin hört der Grund der Gewährleistung auf (§. 922). Fallen zwar die äußeren Erscheinungen einer Krankheit in die Augen, gehören aber eigentliche Sachkenntnisse dazu, um aus diesen äußerlichen Erscheinungen auf die Existenz der Krankheit selbst schließen zu können, so kann man, wenn der Ueberneh-

1) Veith scheint daher in seinem Handbuche der Thierarzeneykunde diese Zeitfrist nicht ganz passend mit der Bemerkung »Gewährszeit" zu belegen. Diese Gewährszeit ist auch bey Thieren nach §. 933 auf sechs Monathe bestimmt. Ich habe daher die in den §§. 924 u. 925 bestimmten Fristen aus diesem Grunde »Vermuthungszeit" genannt.

mer kein Sachverständiger ist, nicht sagen, daß die Krankheit dem Uebernehmer in die Augen gefallen sey.

2) Diesen in die Augen fallenden Mangel einer Sache sind auch die in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten gleich zu stellen, z. B. Steuern, Abgaben, Dienstbarkeiten u. s. w., von denen der §. 443 ausdrücklich sagt, daß sie auf den Uebernehmer übergehen.

3) Von diesen hier festgesetzten Regeln macht der gegenwärtige §. selbst zwey Ausnahmen, nähmlich: a) wenn der Uebergeber ausdrücklich versichert, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frey sey, oder was sich wohl von selbst versteht, wenn der Uebergeber ausdrücklich angibt, daß die Sache von einem bestimmten Mangel nichts an sich habe. Daß derselbe für solche ausdrückliche Zusicherungen haften müsse, bedarf wohl keiner Rechtfertigung.

4) b) Müssen Schulden und Rückstände, die auf der Sache haften, für jeden Fall vertreten werden. — Es kommen zwar die Fälle, wo Realitäten, welche mit Schulden behaftet, an Andere übergeben werden, viel häufiger vor, als die, wo mit anderen Lasten, z. B. Servituten, behaftete Realitäten an andere Personen übergehen, und man könnte daher aus Erfahrung behaupten, daß die Belastung der Realitäten mit Schulden unter die gewöhnlichen, dagegen die Belastung derselben mit Servituten unter die ungewöhnlichen Mängel gehöre. — Allein es ist schon bey Erläuterung des §. 443 bemerkt worden, daß nicht eigentlich die auf der übergebenen Realität intabulirten Schulden, sondern nur die Last des den Gläubigern dieserwegen eingeräumten Pfandrechtes an die Uebernehmer übergehe, das persönliche Sachenrechtsverhältniß zwischen dem eigentlichen Schuldner und Gläubiger bleibt immer dasselbe. — Der Uebernehmer hat sohin nicht die Verbindlichkeit, die auf der übergebenen Realität intabulirten Schulden aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen; macht aber der Gläubiger von seinem Pfandrechte Gebrauch, so ist jener allerdings zu gestatten schuldig, daß sich dieser aus dem Pfande zahlhaft mache; er hat aber dann das vollste Recht den eigentlichen Schuldner

zur Vertretung aufzufordern. — Eine Ausnahme tritt ganz natürlich in dem Falle ein, wenn der Uebernehmer die intabulirten Schulden zur Zahlung übernommen hat.

5) Aus der Anordnung des gegenwärtigen §., daß Schulden und Rückstände stets vertreten werden müssen, scheint aber nicht die Folgerung gezogen werden zu können, daß der Uebergeber ohne ausdrückliche Zusage zur Reinigung der öffentlichen Bücher von den darauf haftenden Pfandlasten verpflichtet sey; — denn der gegenwärtige §. stellt die Regel auf, daß der Uebergeber für die als den öffentlichen Büchern zu ersehenden Lasten keine Gewähr zu leisten schuldig sey. — Der Ausdruck „Schulden vertreten" kann aber nur dahin gedeutet werden, daß für den Fall, als der Uebernehmer mit der Hypothekarklage angegangen würde, derselbe den Uebergeber und respect. den Schuldner zur Vertheidigung gegen den gemachten Anspruch des Gläubigers, und im Falle der Sachfälligkeit zur Bezahlung der intabulirten Schuld an den Gläubiger rechtlich verhalten könne. — Die Reinigung des öffentlichen Buches hat der Uebernehmer auf seine Kosten zu besorgen. — Die Vertretung kann auch in diesem Falle immer nur eigentlich von dem Personalschuldner, und nicht von dem Uebergeber, wenn er nicht zugleich Personalschuldner ist, gefordert werden.

§. 929.

Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat eben so wenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat.

1) Welche Personen berechtiget seyn, eine fremde Sache auf einen Dritten zu übertragen, und wann Jemand aus seinem Versprechen verpflichtet sey, eine fremde Sache einem Dritten zu verschaffen, oder ihn dafür schadlos zu halten, ist anderswo gesagt worden (§. 881). Wenn aber Jemand wissentlich eine fremde Sache von dem, welcher darüber zu verfügen nicht berechtiget ist (z. B. von dem Finder vor Ablauf

der Verjährungszeit (§. 392), an sich bringt; so befindet sich der Uebernehmer in einem ganz ähnlichen Falle mit demjenigen, welcher mit dem Bewußtseyn, daß die Sache mit einem bestimmten Mangel behaftet sey, selbe dessenungeachtet an sich bringet. So wie nun der Uebergeber in diesem Falle dem Uebernehmer für den Mangel nicht zu haften hat, so auch hier. — Oft macht sich der Uebernehmer, wie schon v. Zeiller bemerkte (z. B. wenn er wissentlich eine gestohlene oder geraubte Sache an sich löset), zugleich eines Verbrechens oder einer schweren Polizey-Uebertretung schuldig [1]).

2) Weiß der Uebernehmer zwar, daß die Sache dem Uebergeber nicht gehöre, hat er aber Ursache zu glauben, daß dieser von dem Eigenthümer zur Veräußerung bevollmächtiget sey, oder hat der Uebergeber diese Bevollmächtigung ausdrücklich vorgegeben; so findet die Vorschrift des gegenwärtigen §. keine Anwendung, obschon dem trockenen Buchstaben nach, auch der hier berührte Fall unter den gegenwärtigen §. zu subsummiren wäre. — Allein da der Bevollmächtigte die Person seines Machtgebers repräsentiret, so ist der hier berührte Fall ganz demjenigen gleich, wenn der Uebernehmer den Uebergeber für den Eigenthümer der Sache hält, und er es doch nicht ist. — Der Uebernehmer ist in dem hier gesetzten Falle der Meinung, daß der Eigenthümer der Sache selbe durch einen Bevollmächtigten an ihn übergebe; er hält also die Sache für keine fremde, d. i. für keine solche, die dem Uebergeber nicht angehöret.

3) Es versteht sich wohl von selbst, daß hier nur von jener Gewährleistung die Rede ist, welche der Uebergeber einer fremden Sache, als solcher im Allgemeinen zu leisten schuldig ist. — Wegen anderen Mängeln, wofür sonst die Gewähr zu leisten ist, wird auch der Uebernehmer einer fremden Sache von seinem Vormanne die Gewährleistung anzusprechen haben.

4) Da der Regel nach Jedermann auf seine Rechte Verzicht leisten kann, so kann auch der Uebernehmer einer Sache dem

---

1) Strafgesetz. I. §§. 165 u. 169. II. §§. 214 u. f. f.

Rechte auf Gewährleistung entsagen. — Ein allgemeiner Verzicht auf die Gewährleistung bezieht sich nicht nur auf den Eigenthums-Anspruch eines Dritten, sondern auch auf alle Mängel und Lasten.

§. 930.

Werden Sachen in Pausch und Bogen, nähmlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht übergeben; so ist der Uebergeber, außer dem Falle, daß eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich.

1) Eine solche Uebernahme, wobey man sich mit den Sachen in dem Zustande, in welchem sie sich befinden, mit Rücksicht auf den dafür angebothenen Preis zufrieden stellt, pflegt bey einer Gesammtsache (z. B. einer Landwirthschaft, Haus- oder Gewerbseinrichtung, einem Waarenlager, einer vorgezeigten Fuhre Holz u. dgl.) zu geschehen. — Wenn man sich die Uebernahme ohne eine ordentliche Beschreibung, ohne Bestimmung von Zahl, Maß und Gewicht, und ohne genaue Aufzählung und Erforschung der einzelnen Stücke gefallen läßt; so kann man wegen eines Abganges an dem beyläufig gemachten Anschlage, oder wegen Mangelhaftigkeit einiger Stücke, und selbst wegen fremden Anspruches auf einige derselben keine Gewährleistung fordern; um so minder, wenn der Vertrag eine zukünftige, ungewisse Erzielung zum Gegenstande hat (§§. 1065, 1276 u. 1278). Die auf einer Gesammtsache haftenden Schulden und Rückstände müssen, so wie *stets*, vertreten werden (§. 928) [1]).

2) Sind aber die später entdeckten Mängel von der Art, daß sie den vertragsmäßigen Gebrauch des ganzen Inbegriffes hindern, oder wird eine bestimmte Beschaffenheit einzelner in

1) Zeillers Commentare Nr. 1.

dem Inbegriffe enthaltener Gegenstände ausdrücklich bedungen, oder von dem Uebergeber zugesichert, so hat dieser allerdings dafür zu haften.

§. 931.

Bedingung der Gewährleistung.

Wenn der Besitzer wegen eines von einem Dritten auf die Sache gemachten Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will; so muß er seinen Vormann davon benachrichtigen und nach Vorschrift der Gerichtsordnung die Vertretung begehren. Durch die Unterlassung dieses Ansuchens verliert er zwar noch nicht das Recht der Schadloshaltung; aber sein Vormann kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebene Einwendungen entgegen setzen, und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreyen, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.

1) Der Besitzer einer Sache ist, wie v. Zeiller bemerkt, gegen die von einem Dritten darauf gemachten Ansprüche, sie mögen das Besitz-, Eigenthums-, Pfand- oder Servitutsrecht, oder Forderungen und Schulden betreffen, oft sich zu schützen nicht im Stande, obschon selbe von seinem Vormanne aus Vertragsurkunden, Cessionen, Quittungen, Verzichtleistungen, oder durch Zeugen und Eidesanbiethungen leicht widerlegt werden könnten. — Es liegt daher in der Natur der Sache, daß, wenn er sich mit dem Ansprecher ohne Intervenirung seines Vormannes in einem Prozeß einläßt, und aus Mangel der Vertheidigungsmittel, welche diesem zu Gebothe gestanden wären, sachfällig wird, er seinen Vormann zur Entschädigung nicht verhalten könne. Damit nun der Besitzer seinen Regreß an seinen Vormann nicht verliere, weiset der gegenwärtige §.

ersteren an, seinen Vormann von dem Anspruche zu benachrichtigen, und nach Vorschrift der Gerichtsordnung die Vertretung zu begehren. — In so fern der Anspruch des Dritten noch durch keine eigene Klage geschehen, ist es zweckmäßig, daß der Besitzer sich im außergerichtlichen Wege an seinen Vormann um Aufklärung verwende. — Außerdem steht dem Besitzer frey, die Klage des Dritten abzuwarten, oder, wenn er sich hierüber baldige Beruhigung verschaffen will, diesem Dritten zum Erweise seines gerühmten Anspruches mittelst einer ordentlichen Klage aufzufordern. — Im Falle nun dieser Dritte wirklich mit einer Klage gegen den Besitzer auftritt, muß letzterer vor Verstreichung der Hälfte der zur Erstattung der Einrede ihm ertheilten ersten Frist von seinem Vormanne die Vertretung gerichtlich begehren, sonst ist dieser Dritte die Vertretung zu leisten nicht mehr schuldig. — Ist der beklagte Besitzer nicht in dem Falle, eine schriftliche Einrede zu erstatten, weil über die Klage das mündliche Verfahren angeordnet worden ist, so thut er dem Gesetze genug, wenn er noch vor der Tagsatzung die Vertretung ansuchet. — Ist dagegen der Besitzer in der Lage, selbst eine Klage gegen den Dritten anzustrengen, z. B. die obenerwähnte Aufforderungsklage, oder weil sich der Dritte schon in den Besitz des angesprochenen Rechtes gesetzt hat, oder weil dieser Dritte ihn selbst zur Klagestellung auffordert, so muß er, wenn er von dem Rechte, seinen Vormann zur Gewährleistung anzuhalten, Gebrauch machen will, die Vertretung noch vor Ueberreichung der Klage begehren. — Wenn die Pflicht der Vertretung entweder durch gütliches Einverständniß oder gerichtliches Erkenntniß festgesetzt ist, so stellt es das Gesetz in die Willkühr des Vertretungswerbers, ob er mit dem Vertreter einverständlich und zugleich den Prozeß führen, oder aber dessen Führung dem Vertreter allein ohne seine Einschreitung überlassen wolle, jedoch muß in diesem letzten Falle der Vertretungswerber dem Vertreter alle Behelfe, die er hat, gegen Empfangsschein übergeben [1]).

1) Allg. G. O. §§. 58 u. 59. Gall. G. O. §§. 49 u. 50. Siehe auch den Commentar des Herrn Hofrathes v. Koes über diese zwey §§. der G. O.

2) Die Unterlassung dieser Vorschrift hat nicht zur unmittbaren Folge, daß der Besitzer das Recht zur Schadloshaltung verliere; denn, wenn die fremden Ansprüche gegründet sind, und der Vormann keine Einwendungen oder Beweismittel in Händen hat, um selbe zu entkräften, so ist der Fall der Schadloshaltung immer vorhanden. — Klagt aber der Besitzer, der diese Vorsicht unterlassen hat, seinen Vormann auf Entschädigung, und weiset sich dieser letztere in seiner Vertheidigung darüber aus, daß ihm die Mittel zu Gebothe gestanden wären, den Klagsanspruch des Dritten zu vernichten, so kann derselbe zu einer Schadloshaltung nicht verhalten werden; denn in diesem Falle liegt die Schuld an dem Besitzer selbst, der den Anspruch des Dritten hätte zurückweisen können, wenn er seinen Vormann von dem Rechtsstreite benachrichtiget, und zur Vertretungsleistung angehalten hätte. — Bey einem obwaltenden Zweifel, ob die Einwendungen und Beweise zur Widerlegung ausgereicht haben würden, muß, wie v. Zeiller bemerkt, die Frage zwischen dem Besitzer und seinem Vormanne ordentlich ausgetragen und es muß darüber entschieden werden.

3) Das Begehren um Vertretungsleistung hat aber nur wider den unmittelbaren Vormann, nicht gegen die entfernteren Vormänner, mit denen der Uebernehmer kein Rechtsgeschäft geschlossen hat, Statt. — Der nächste Vormann mag dann wieder seinen unmittelbaren Vormann u. s. w. um die weitere Vertretung oder die Behelfe hierzu angehen, oder er mag sein Recht wider dieselben zu dem Ende dem Vertretungswerber mit seiner Einstimmung abtreten; ohne dieselbe kann er sich aber der Vertretungsleistung durch Abtretung des Rechtes an seine Vormänner nicht entschlagen.

§. 932.

Wirkung.

Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht mehr gehoben werden kann, und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert; so kann der Verkürzte die

gänzliche Aufhebung des Vertrages, wenn hingegen sich das Fehlende, z. B. an Maß oder Gewicht, nachtragen läßt, nur diesen Nachtrag, in beyden Fällen aber auch den Ersatz des weiteren Schadens, und, sofern der andere Theil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen Nutzen fordern.

1) Die Vorschriften über Gewährleistung stehen mit denen über wahre Einwilligung der Contrahenten und des Einflusses des bey Verträgen unterlaufenen Irrthums auf die Gültigkeit derselben im genauesten Zusammenhange, indem die Pflicht der Gewährleistung des einen Pascisscenten immer ihren Grund in dem Irrthume des anderen hat. Es liegt daher in der Natur der Sache, daß auch die über die Wirkung des Irrthums ertheilten Vorschriften (§§. 871 u. 872) auf die Wirkung der Gewährleistung Anwendung finden müssen. — Der Unterschied besteht nur darin, daß die §§. 871 u. f. f. von der Gültigkeit eines Vertrages an und für sich sprechen, und hauptsächlich den Fall voraussetzen, daß der Vertrag noch nicht in Erfüllung gegangen sey, — dagegen die Gewährleistung nur auf jene Fälle sich beziehet, wo der Vertrag wenigstens theilweise schon in Erfüllung gegangen ist. — So wie nun in dem Falle, als der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche (oder auch natürliche §. 871 Nr. 4) Beschaffenheit derselben betrifft, für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entsteht, den eingegangenen Vertrag auch in Erfüllung zu bringen, und er sich ohne Zweifel, wenn er um die Erfüllung belangt würde, mit der Einrede des unterlaufenen Irrthumes gegen diesen Anspruch schützen könnte, so ist auch der Uebernehmer einer Sache, welche solche verborgene Mängel hat, die den ordentlichen (oder vertragsmäßigen) Gebrauch verhindern, und welche sohin, wenn sie demselben bekannt gewesen wären, von Schließung des Vertrages überhaupt zurückgehalten haben würden, berechtiget, die Ungültigerklärung des Vertrages zu begehren.

2) Nur darin scheinet auf den ersten Augenblick zwischen den Grundsätzen, welche in Ansehung der Gültigkeit der Verträge wegen Mangel an wahrer Einwilligung gesetzlich festgesetzt sind, und denjenigen, welche bey der Lehre der Gewährleistung aufgestellt worden, ein Widerspruch zu obwalten, daß im ersteren Falle vorausgesetzt wird, der Irrthum, in welchem sich der eine Contrahent befindet, rühre aus dem Verschulden des anderen Contrahenten her, während bey der Gewährleistung das wirkliche Daseyn des Mangels, der die Sache zum ordentlichen Gebrauche untauglich macht, genüget, um auf die Aufhebung des Vertrages zu dringen. — Eine Disharmonie zwischen diesen gesetzlichen Bestimmungen kann aber nicht zugestanden werden; denn sollte wohl derjenige, der ein rotziges Pferd von Jemanden kauft, dem diese Eigenschaft selbst nicht bekannt ist, zur Erfüllung des Kaufvertrages und sohin Uebernahme des Pferdes angehalten werden können, während derjenige, dem das rotzige Pferd in Folge des Vertrages bereits übergeben wurde, auf Aufhebung des Vertrages dringen kann? und doch scheinet dieses nach den Vorschriften des Gesetzbuches der Fall zu seyn, da nach dem §. 871 für den Irregeführten nur dann keine Verbindlichkeit entstehet, wenn er von dem anderen Theile durch falsche Angabe irregeführt worden ist, was hier im Falle der Voraussetzung nicht der Fall ist. — Allein schon bey Erläuterung des §. 872 habe ich bemerkt, daß die wesentlichen und natürlichen Eigenschaften eines Vertragsgegenstandes immer als stillschweigend bedungen anzusehen seye; es kömmt nun immer vorerst auf die Bestimmung des Vertragsgegenstandes selbst an. — Sind die Pascisccenten in Ansehung dieses Gegenstandes einig, weiß nähmlich der Promittent, was der Promissär eigentlich will, so haftet er nicht nur für das, daß der Vertragsgegenstand wirklich ein solcher sey, wie der Promissär im Sinne hat, sondern, daß ihm auch keine wesentliche oder natürliche Eigenschaft mangle, und es ist eben so viel, als ob er das Daseyn dieser wesentlichen und natürlichen Eigenschaften ausdrücklich zugesichert hätte. — Mangelt nun eine dieser Eigenschaften, so kann die Einwendung, daß der Promittent dem Promissär diese nicht

ausdrücklich zugesichert, folglich ihm auch durch falsche Angaben nicht irre geführt habe, nicht Platz greifen. — Ist aber der Promittent über die nährere Bestimmung des Gegenstandes in Unkenntniß, den der Promissär an sich zu bringen beabsichtet, so hat er ihm nicht dafür zu haften, daß derselbe die wesentlichen oder natürlichen Eigenschaften habe, die der Promittent dabey voraussetzt, und nur dann, wenn der Promittent eine nähere Bestimmung des Vertragsgegenstandes hinzugefügt hätte, oder wenn er wenigstens wissen mußte, daß der Promissär diesen näher bestimmten Vertragsgegenstand im Sinne habe, so hätte ersterer auch für die Eigenschaften eben so, wie für die Hauptsache selbst zu haften, ohne daß eine ausdrückliche Irreführung in diesen Eigenschaften nöthig wäre. — Ich finde, um nicht mißverstanden zu werden, nöthig, das Gesagte durch ein Beyspiel zu beleuchten. — Setzen wir den Fall: A kaufe von dem B ein Pferd, in der Meinung, daß es ein Rennpferd sey. B hat aber von dem Irrthume des A keine Kenntniß. — In diesem Falle ist dem B nur bekannt, daß A ein Pferd kaufen wolle, und indem daher der A mit B den Kaufscontract abschließt, sichert der letztere nur zu, daß das Pferd jene Eigenschaften habe, die man von einem Pferde überhaupt zu erwarten berechtiget ist. Nur dann, wenn der B dem A ausdrücklich zugesichert hätte, daß das Pferd ein Rennpferd sey, oder wenn demselben bekannt gewesen wäre, daß der A der Meinung sey, ein Rennpferd zu kaufen, hätte er ihm auch für die wesentlichen und natürlichen Eigenschaften eines Rennpferdes insbesondere zu haften, und wenn die eine oder andere mangelte, so würde man allerdings behaupten müssen, daß der A von dem B in Irrthum geführt worden sey.

3) Aus dem Rechte zur Gewährleistung entspringt ein doppeltes Klagerecht, nähmlich die sogenannte Wandelungs- oder Rückklage (actio redhibitoria) und die Minderungsklage (actio quanti minoris, actio aestimatoria). Die erstere ist auf Aufhebung des Vertrages, die letztere aber darauf gerichtet, daß der Andere das Fehlende ersetze, oder einen verhältnißmäßigen Theil des Preises zurückzahle. — Das erstere Klagerecht

greift damahls Platz, wenn der Mangel von der Art ist, daß er den ordentlichen oder den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache verhindert, und nicht mehr gehoben werden kann. — Die zweyte wird dann angebracht, wenn der Mangel nicht von der Art ist, daß er die Zustandebringung des Vertrages überhaupt gehindert haben würde, sondern den Uebernehmer nur von Bezahlung des bestimmten Preises abgehalten hätte. — Wenn mit der fehlerhaft befundenen Sache zugleich andere hintangegeben worden sind, welche mit selber in einem Zusammenhange stehen, so tritt das erstere Klagerecht ein, wie z. B.: wenn eine ganze Koppel, ein Postzug oder ein Paar Pferde gekauft worden wären, und ein Pferd davon mit einem wesentlichen Mangel behaftet wäre. Werden aber mehrere Sachen mitsammen, jedoch nicht als zusammenhängend, auch nicht in Pausch und Bogen, sondern mit Zahl, Maß oder Gewicht verkauft, und für alle zusammen ein gemeinschaftlicher Kaufschilling bedungen, so wird in dem Falle, als das eine oder andere Stück unbrauchbar befunden, oder als fremdes Eigenthum reducirt werden würde; diese Minderungsklage Statt finden.

4) In Veiths Handbuche der gesammten gerichtlichen Thierarzeneykunde [1]) ist die Behauptung aufgestellt, daß nach den Vorschriften des österreichischen Gesetzbuches die Minderungsklage nur dann Statt finde, wenn unter den Contrahenten ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben, von diesem in dem gemeinen Werth erhalten hat, und daß sie auch, wie die Wandelungsklage, die gänzliche Aufhebung des Vertrages und die Herstellung in den vorigen Stand nach sich ziehen könne; und nur der andere Theil dieser Maßregel dadurch zuvorkommen könne, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe ersetzt. — Allein diese Behauptung entspringt offenbar aus einer Verirrung der Begriffe; denn die Minderungsklage ist ganz eine andere, als die, welche aus der Verletzung über die Hälfte entspringt. Die erstere beruht auf dem Daseyn von wirklichen Mängeln der Sache, die letztere lediglich auf dem Mißverhältnisse des Preises. — Bey ersteren kömmt es daher

1) Siehe die Citation bey §. 929 Nr. 2.

auch nicht darauf an, ob das Mißverhältniß des Preises beträchtlich oder unbeträchtlich sey, — und letztere hat selbst dann Statt, wenn auch die Sache an und für sich mangellos befunden wird. — Zur Erläuterung dessen ein Beyspiel: A verkauft dem B einen Ring, welcher mit Brillanten besetzt ist. B, der von dem eigentlichen Werth der Brillanten keine Kenntniß hat, kauft den Ring um ein Beträchtliches über seinen wahren Werth. Hier wird es nun darauf ankommen, ob der Kaufpreis das Doppelte des gemeinen Werthes dieses Ringes übersteige oder nicht; im ersteren Falle kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages oder wenigstens die Zurückzahlung des Kaufpreises bis zum gemeinen Werthe fordern, im zweyten Falle aber weder das eine noch das andere. Nehmen wir aber an, der A habe dem B zugesichert, daß alle auf dem Ringe befindlichen Steine Brillanten seyen, und es entdeckt sich, daß ein Paar der kleineren Steine unechte Edelsteine seyen, dann kann der B die Minderungsklage anstrengen, und ungeachtet der verhältnißmäßig unbedeutenden Differenz, eine theilweise Rückvergütung des Preises verlangen.

5) Um den eigentlichen Preis auszumitteln, welcher im Falle der Minderungsklage zu restituiren ist, muß nicht nur auf den Werth des Abgängigen, sondern zugleich auf den ganzen Kaufpreis Rücksicht genommen werden. Setzen wir den Fall: Jemand habe einen Haufen Getreide für Ein Hundert Metzen ausgegeben, und denselben um 300 fl. verkauft, bey der Ausmessung gingen aber zehn Metzen ab, so hätte derselbe 30 fl. zu restituiren, wenn auch der Marktpreis des Getreides mehr oder weniger als drey Gulden pr. Metzen betragen sollte. Eben so müßte in dem Nr. 4 berührten Falle bey Ausmittelung des zu restituirenden Preises auf folgende Art vorgegangen werden. Die Kunstverständigen hätten zu bestimmen, wie viel der gemeine Werth des Ringes betragen würde, wenn alle Steine echt wären; dann hätten sie weiters zu erheben, wie viel nach dem gemeinen Werthe die beyden unechten Steine weniger werth seyn, als die echten von gleicher Größe; dann wäre nach folgendem Verhältnisse der Restitutionsbetrag zu berechnen, wie sich der gemeine Werth des ganzen Ringes, wenn er wirklich

durchaus mit echten Steinen besetzt wäre, zu dem wirklich für den Ring entrichteten Kaufschillinge verhält, — so verhält sich die nach dem gemeinen Werthe zwischen den unechten und echten Steinen gleicher Größe ergebende Differenz, zu dem Restitutionsbetrage.

6) Bey einem gemischten Vertrage muß ohne Zweifel derjenige Theil, welcher als der Begünstigte erscheint, dem anderen Theile für das Gegebene Gewähr leisten. — Von Seite des anderen Theiles scheint aber die Pflicht der Gewährleistung nur in so fern einzutreten, als der Mangel von der Art ist, daß der andere Theil am gemeinen Werthe nicht mehr so viel erhält, als er selbst gegeben hat; — denn in Ansehung des übersteigenden Werthes muß der begünstigende Theil als ein Schenker angesehen werden (Vergl. §. 942).

7) Uebrigens ist in beyden Fällen der Gewährleistung (Nr. 3) zugleich der Ersatz für den weiteren Schaden, z. B. für den vermißten Gebrauch der Sache, für die Kosten der vereitelten Uebergabe, oder Einverleibung, oder des mit dem zurückfordernden Eigenthümer geführten Rechtsstreites u. dgl., und nach Umständen auch der Entgang des Gewinnes zu ersetzen. (§. 1323) [1].

§. 933.

Erlöschung des Rechtes der Gewährleistung.

Wer die Gewährleistung fordern will, muß sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drey Jahren; betrifft es aber bewegliche, binnen sechs Monathen geltend machen, sonst ist das Recht erloschen.

1) Im Falle der Mangelhaftigkeit der Sache läuft dieser Zeitraum von dem Zeitpuncte der Uebergabe an, weil man die Mängel bald wahrnimmt, und nach längerer Zeit die Entscheidung, ob die Sache schon zur Zeit der Uebergabe mit dem Mangel behaftet war, meistens sehr unzuverlässig

1) Zeillers Commentar Nr. 3.

wird. — Dieser Zeitraum von sechs Monathen gilt ohne Unterschied bey allen beweglichen Sachen, und in Ansehung aller Gattungen von Mängeln [1]).

2) Im Falle aber, daß die Gewährleistung wegen eines von einem Dritten erhobenen Anspruches auf das Eigenthum, Servituts-Rechte u. s. w. zu fordern ist, läuft die Verjährung erst von der Zeit des erregten Anspruches, weil von dem Rechte auf Gewährleistung vor diesem Zeitpuncte kein Gebrauch gemacht werden konnte [2]).

§. 934.

Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte.

Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.

1) In jedem onerosen Contracte bezweckt jeder Contrahent *seinen* Vortheil, und indem *jeder* von beyden sein Interesse besorgt, wird unter ihnen das *Gleichgewicht* von selbst hergestellt. — Ein Gesetz, welches die Gültigkeit aller onerosen Verträge auf das genaue Ebenmaß der wechselseitigen Leistungen beschränkte, würde von selbst allen Verkehr im Staate zerstören; es bleibt daher dieses nothwendig auch der Willkühr der Contrahenten überlassen. — Daher stellten schon die

1) Vergl. die Anmerkung bey §. 927.
2) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

Römer den Grundsatz auf [1]), daß sich die Contrahenten übervortheilen dürfen, so lange kein Betrug unterläuft, und machten nur eine Ausnahme bey der Verletzung über die Hälfte. Die Fragmente, welche von dieser Verletzung über die Hälfte handeln [2]), beschränken indessen das Recht der Rescission lediglich a) auf den Kaufcontract, bey diesem aber nur b) auf den Verkäufer und zwar c) einer unbeweglichen Sache. — Allein da das erstere Fragment lediglich eine kaiserliche Entscheidung eines einzelnen Falles ist, so glaubten die Rechtsgelehrten dieses Rechtsmittel wegen enormer Verletzung nicht auf den im Fragmente wörtlich ausgedrückten Fall beschränken zu dürfen, sondern fanden hier nur einen allgemeinen Grundsatz auf einen speciellen Fall angewendet, und bildeten eine sehr erweiterte, von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten nunmehr angenommene Theorie, daß nähmlich schon nach römischem Rechte a) bey allen onerosen Verträgen die Rescission wegen enormer Verletzung Statt finde, b) daß dieses Rechtsmittel beyden Contrahenten zu Statten komme, und c) daß zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen kein Unterschied zu machen sey. Nach dieser erweiterten Theorie ist daher heut zu Tage, wo das römische Recht gilt, das Princip angenommen: Wer in einem onerosen Vertrage weniger empfing, als die Hälfte des wahren Werthes seiner Leistung beträgt, der ist über die Hälfte verletzt, und zur Klage aus diesem Gesetze berechtigt.

2) Es ist interessant, auch die Ansichten der neuen Gesetzgebungen in diesem Puncte kennen zu lernen. Das preußische Landrecht schlägt einen ganz entgegengesetzten Weg ein. Es gedenket der Verletzung bey onerosen Verträgen im Allgemeinen nicht, sondern nur bey dem Verkaufe; ohne zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen einen Unterschied anzuerkennen, legt es einen Unterschied zwischen dem Käufer und Verkäufer zu Grunde. Dem Verkäufer wird das Recht,

13 *

1) L. 22. §. 3. D. Locati L. 3. C. de rescind. vendit.

2) L. 2. C. de rescind. vendit. und L. 8. C. d. rescind. vendit.

den Kauf aus dem Grunde anzufechten, daß der Werth der Sache den Betrag des Kaufpreises selbst mehr als doppelt übersteigt, ganz abgesprochen [1]). Hingegen begründet ein so großes Mißverhältniß, zufolge welchen der Kaufpreis den doppelten Betrag des Werthes einer Sache übersteigt, für den Käufer die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums; doch bloß eine rechtliche Vermuthung, welche nicht allein einen Verzicht dieses Einwands, sondern auch eine Entkräftung durch die bey den Unterhandlungen und bey Abschließung des Vertrages vorgefallenen Umstände zuläßt, und überhaupt wirkungslos ist, wenn aus dem Vertrage selbst, aus der Beschaffenheit seines Gegenstandes, oder aus den vor und bey der Abschließung desselben vorgefallenen Umständen erhellet, daß bey Bestimmung des Kaufpreises nicht auf den gemeinen, sondern auf den außerordentlichen Werth der Sache Rücksicht genommen worden. In den Berathschlagungen über das französische Gesetzbuch wurde die Frage, ob und in wie fern wegen einer Verkürzung die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes soll verlangt werden können, neuerdings sehr ausführlich verhandelt, und die Gründe für und wider mit vielem Scharfsinn und Gründlichkeit entwickelt. Das Resultat dieser Discussionen war, daß man nur bey dem Kaufe einer Rescission wegen enormer Verletzung Statt gab, sie nur in Bezug auf unbewegliche Sachen zuließ, und dieses Recht lediglich auf die Person des Verkäufers beschränkte. — Sohin kam man hier auf das Nähmliche zurück, was das römische Recht, wenn man bey dem Buchstaben der citirten Fragmente stehen bleibt, angeordnet hatte. — Das preußische Landrecht setzt den Grund der Rescission lediglich in den Irrthum, und da nicht anzunehmen sey, daß

1) Th. I. Tit. XI. §. 69. Er lautet: »Der Verkäufer kann den Kauf aus dem Grunde, daß der Werth der Sache den Betrag des Kaufpreises selbst mehr als doppelt übersteige, nicht anfechten" D. Gustav Bielitz bemerkt in seinem practischen Commentare, daß wenn ein Verkäufer eine Sache wirklich aus unverschuldetem Irrthum unter der Hälfte ihres Werthes hintangegeben hätte, dieser §. nicht entgegenstehe, den Handel wegen dieses Irrthumes rückgängig zu machen, nur müsse er einen solchen Irrthum besonders nachweisen.

der Verkäufer in Ansehung des Werthes seiner eigenthümlichen Sache in einem unverschuldeten Irrthume schwebe, so schloß es den Verkäufer von dem Rechte aus, sich dieses Rechtsmittels zu bedienen. Dagegen räumte die französische Gesetzgebung lediglich dem Verkäufer einer unbeweglichen Sache, mit Ausschluß des Käufers, dieses Recht ein, weil sie von der Ansicht ausging, daß nur derjenige, der aus Noth zur Schließung eines solch nachtheiligen Vertrages verleitet werden kann, den Schutz des Gesetzes gegen denjenigen verdiene, der diesen Nothfall zu seiner Bereicherung zu benützen sucht. Da nun der Käufer immer freye Wahl hat, zu kaufen oder nicht zu kaufen, wogegen der Verkäufer oft aus Noth handelt, so glaubte man lediglich den letzteren begünstigen zu dürfen [1]). Der Grund, warum man das Rechtsmittel der Rescission des Kaufcontractes wegen enormer Verletzung nur bey unbeweglichen Sachen gelten ließ, ist, weil man von der Ansicht ausging, daß es der bürgerlichen Gesellschaft gleichgültig sey, wie ein Mensch über sein bewegliches Eigenthum disponire, nicht aber, wie er über sein liegendes Eigenthum verfüge.

3) Das österreichische Gesetzbuch ist weder dem preußischen Landrechte, noch dem französischen Civilcodex gefolgt, sondern hat den schon vor seiner Erscheinung in Wirksamkeit gewesenen, nach oben erwähnter Theorie ausgebildeten Grundsatz des römischen Rechtes, zu Folge welchem das Rechtsmittel wegen Verletzung über die Hälfte bey allen onerosen Verträgen, und zwar ohne Unterschied der Pascisccnten Statt finden soll, aufgenommen. In der That scheinen gerade die sich ganz entgegengesetzten Ansichten des preußischen und französischen Civil-Gesetzbuches dieser Theorie das Wort zu sprechen. — Wer einen one-

1) Einen weiteren Grund der Begünstigung des Verkäufers vor dem Kaufer hat Gönner im Archive für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums 2. B. XX, wo er diesen Gegenstand in einer ausführlichen Abhandlung erortert, welche Abhandlung auch meinen Bemerkungen zu Grunde liegt, angeführt. Er sagt nahmlich: Der Käufer ist gegen Beschadigungen überhaupt mehr gesichert, weil ihm der Verkäufer wegen den Mängeln Gewährschaft leisten muß, aber fur die Vorzuge und den hoheren Werth leistet der Käufer keine Gewährschaft.

rosen Vertrag abschließt, wobey das, was er empfängt, mit demjenigen, was er dafür gibt, in keinem Verhältnisse steht, befindet sich in der Regel entweder in der Noth, oder er schwebt in einem Irrthume, und zwar in der Art, daß sowohl das eine oder das andere den Mitpasciscenten auffallen muß. — So wie nun schon das Sittengesetz verbiethet, von einer solchen Noth oder einem solchen Irrthume Gewinn zu ziehen, so kann auch der positive Gesetzgeber dieses Sittengesetz hier zu einem Rechtsgesetz erheben, und daß er dieses wirklich thue, räth die Politik der Gesetzgebung an, indem dadurch auf einer Seite viele Bürger von empfindlichen Nachtheilen der Unvorsichtigkeit und Uebereilung sichergestellt werden, und auf der andern Seite, wenn der Gesetzgeber nur bey enormen Verletzungen eingreift, die allgemeine Rücksicht des freyen Verkehres zum Nachtheile der bürgerlichen Gesellschaft gar keine Beeinträchtigung leidet.

4) Unser Gesetzbuch gibt dem Pasciscenten das mehrerwähnte Rechtsmittel unter der Voraussetzung, daß er nicht einmahl die Hälfte dessen, was er am gemeinen Werthe (§. 305) dem Andern gegeben hat, von diesem an gemeinem Werthe erhalten habe. Der Verkäufer eines Pferdes, das 100 Ducaten werth ist, wäre also verletzt, wenn er nicht einmahl 50 dafür erhalten, und der Käufer wäre verletzt, wenn er mehr als 200 Ducaten dafür gegeben hätte [1]).

5) Der Beschwerdeführer hat nur das Recht, die Aufhebung des Geschäftes und die Herstellung des vorigen Zustandes zu fordern, dem anderen Theile aber wird die Wahl gelassen, in die Aufhebung des Geschäftes einzuwilligen, oder den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen. Hat er sich aber bereit erklärt, das Letztere thun zu wollen, so kann er auch ohne Einwilligung des anderen Theiles von seiner Erklärung nicht mehr zurücktreten. — Es hat daher in dem obigen Bey-

1) Das französische Gesetzbuch räumt Art. 1674 dem Verkäufer eines unbeweglichen Gutes dieses Rechtsmittel nur dann ein, wenn er um 7/12 verkürzt worden ist. — Sonderbar ist der Grund, der die Gesetzgebungs-Section zur Annahme dieser Modalität bestimmte. Man sagte nähmlich: Es sey die Regel zu schwankend, wenn man bey der Hälfte stehen bleibe. Die kleinste Differenz, und betrage sie auch nur einen Frank, würde das Uebergewicht herstellen. Ist dieses nun bey der Verletzung über 7/12 nicht der Fall?

spiele der Verkäufer die Wahl, den verkürzten Käufer den 200 Ducaten übersteigenden Kaufpreis gegen Uebernahme des Pferdes zurückzustellen, oder demselben den 100 Ducaten übersteigenden Kaufschilling zu vergüten, ihm aber dabey das Pferd zu belassen; der Käufer aber, welcher für ein Pferd von 100 Ducaten am Werthe nur 49 gab, hätte die Wahl, dem verkürzten Verkäufer noch 51 Ducaten darauf zu zahlen, oder von dem Verkäufer die Rückstellung der 49 Ducaten gegen Auswechselung des Pferdes zu begehren. Der dießfällige Prozeßgang würde sich daher auf folgende Art gestalten. Der Beschwerdeführer hätte in seiner Klage, in welcher er natürlich die Verletzung ausweisen muß, die Bitte dahin zu richten, daß der Geklagte verhalten werde, die ihm übergebene Sache, gegen Aushändigung derjenigen, die er dafür gegeben, wieder zurückzustellen. — Es wird nun Sache des Geklagten in der Einrede seyn, ob er sich zur Aufrechthaltung des Geschäftes bereit erklären wolle, den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen. Erklärt er sich hierzu, so wird dem Kläger nicht verwehrt werden können, nun seine Bitte in der Replik dieser Erklärung gemäß abzuändern, weil der gegenwärtige §. dem Verletzten ausdrücklich das Recht einräumet, die Aufhebung des Geschäftes und Herstellung in den vorigen Stand zu fordern, und es dann nur dem Verletzer frey stellet, durch Anerbiethung, den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen, das Geschäft aufrecht zu erhalten. — Indessen ist es immer vorsichtiger, wenn der Verletzte gleich in der Klage das alternative Begehren stellet, daß nähmlich das Geschäft aufgehoben, und der vorige Stand hergestellt, oder, wenn sich der Geklagte zu diesem nicht bequemen wollte, derselbe verhalten werde, den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen.

6) Die Verkürzung in dem abgeschlossenen Geschäfte kann aber nur dann behauptet werden, wenn das Mißverhältniß schon zur Zeit der Abschließung des Geschäftes vorhanden war. Nachgefolgte Verbesserungen oder Verschlimmerungen des Gegenstandes, nachgefolgte Erhöhungen oder Verminderung des gemeinen Werthes, oder Veränderungen der Verhältnisse, wel-

che darauf Einfluß haben, können also nicht in Betrachtung gezogen werden. Darum muß auch, wenn eine Schätzung von Sachverständigen mit Rücksicht auf den Zeitpunct des abgeschlossenen Geschäftes vorgenommen wird, beyden Theilen frey stehen, ihre Erinnerungen über die Veränderung der auf den Preis einfließenden Umstände vorzubringen [1]).

§. 935.

Dieses Rechtsmittel findet nicht Statt, wenn Jemand ausdrücklich darauf Verzicht gethan, oder sich erkläret hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Werth zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnißmäßigen Werthe verstanden hat; ferner, wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuthen ist, daß sie einen aus einem entgeldlichen und unentgeldlichen vermischten Vertrag schließen wollten; wenn sich der eigentliche Werth nicht mehr erheben läßt; endlich, wenn die Sache von dem Gerichte versteigert worden ist.

1) Der gegenwärtige §. setzt hier sechs Ausnahmsfälle von der Regel fest, daß bey zweyseitig verbindlichen Geschäften die Schadloshaltung wegen Verletzung über die Hälfte gefordert werden könne. — Die erste Ausnahme scheint zwar, wie v. Zeiller bemerkt, die Wohlthat dieses Rechtmittels wieder gänzlich zu untergraben, weil ein gewinnsichtiger Verkäufer den unverständigen oder leichtsinnigen Käufer, so wie der hartherzige Käufer den dürftigen Verkäufer sehr leicht zur Verzichtleistung bestimmen wird. Aber man ging, wie aus dessen Commentare zu entnehmen ist, von der Ansicht aus, daß einerseits wenige Contrahenten schamlos genug seyn, von diesem Kunstgriffe

1) Siehe Zeillers Commentar zu diesem §. Nr. 4.

Gebrauch zu machen, und andererseits der Contrahent durch die Abforderung der Verzicht auf die ihm bevorstehende Verkürzung aufmerksam gemacht, und dadurch eingeladen wird, zur Abschließung des Geschäftes sich einen billigeren Mann zu wählen.

2) Die zweyte Ausnahme beruht auf der Betrachtung, daß auch oft der Besitzer ein besonderes Vergnügen an einer Sache habe, was er billiger Weise in Anschlag bringen kann, und daß es dem wohlhabenden Bürger nicht unmöglich gemacht werden soll, eine Sache bloß seines Vergnügens willen an sich zu bringen. — Der Wille aber, eine Sache aus bloßer Vorliebe um ein unverhältnißmäßiges Entgeld an sich zu bringen, wird nicht vermuthet, sondern muß ausdrücklich erkläret werden. — Die Beurtheilung des Umstandes aber, wie viel eine Sache mit Berücksichtigung auf die besondere Vorliebe werth sey, — muß lediglich demjenigen überlassen bleiben, der die Sache um den bestimmten Preis an sich zu bringen sich anheischig machte, und er würde sohin die Einwendung nicht geltend machen können, daß er die Sache an und für sich höher im Werthe angeschlagen habe, als sie in Wahrheit in Anschlag zu bringen gewesen wäre. — Was wäre aber wohl in dem Falle Rechtens, wenn der Werth der besonderen Vorliebe in einen besonderen Anschlag gebracht worden wäre? Z. B. der Käufer eines Wagenpferdes hätte sich erkläret, dieses Pferd aus dem Grunde um Ein Hundert Gulden über seinen wahren Werth bezahlen zu wollen, weil es in Ansehung der Farbe mit dem, bereits in seinem Besitze befindlichen Pferde übereinstimmt. — Ich glaube, daß in diesem Falle diese Ein Hundert Gulden von dem Kaufschillinge in Abschlag gebracht werden müssen. Bleibt dann nach Abzug dessen ein solcher Kaufschilling übrig, welcher mehr als das Doppelte des eigentlichen Werthes beträgt, so tritt auch hier der Fall der enormen Verletzung ein, im Gegenfalle aber nicht.

3) Auch ohne besondere Vorliebe können oft außerordentliche Verhältnisse Jemanden bewegen, eine Sache unverhältnißmäßig theuerer, als um den ihm bekannten gewöhnlichen Preis, an sich zu lösen, weil er einen größeren Verlust dadurch abzu-

wenden, oder einen sehr beträchtlichen Vortheil daraus zu ziehen im Stande ist. — Wer, sagt v. Zeiller, zur Beförderung seiner Fabrik ein nahe gelegenes Gewässer, oder eine nahe liegende Waldung ungewöhnlich theuer erkauft, oder an einem öffentlichen Orte, wo viele Menschen und wenige Miethkutschen sich befinden, bey einem eintretenden Regen mehr als das Doppelte des gewöhnlichen Miethgeldes bezahlt, kann nicht über Verkürzung klagen. — Wer nun, ungeachtet ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnißmäßigen Werthe verstanden hat, von dem muß angenommen werden, daß er einen besonderen, in seinem eigenen Interesse gelegenen Grund hierzu hatte, und daß der Vortheil, zu dessen Erreichung, oder der Nachtheil, zu dessen Abwendung er sich zur Entrichtung dieses unverhältnißmäßigen Preises herbeygelassen hat, diesen an Werth noch übertreffe. — Ob aber in einem bestimmten Falle dem Contrahenten der gemeine Werth der Sache oder Leistung, die er an sich gebracht hat, bekannt war oder nicht, muß aus den Umständen beurtheilet werden. Es bleibt daher für den anderen, redlich handelnden Contrahenten immer eine nützliche Vorsicht, sich ausdrücklich zu erklären, daß er nur in Ansehung der besonders hier obwaltenden Umstände diesen höhern Preis fordere, oder den ihm freywillig von der andern Seite angebothenen annehme.

4) Es ist kein Zweifel, daß auch bey entgeldlichen Verträgen, d. i. bey solchen, bey welchen sich für die Leistung oder Ueberlassung einer Sache ein Entgeld bedungen wird, auch ein Act der Freygebigkeit mit unterlaufen, und der Wille des einen Contrahenten dahin gehen könne, dem anderen mit einem Theile des Werthes ein Geschenk zu machen. — Ist nun dieses wirklich der Fall, so kann von einer Verletzung über die Hälfte keine Rede seyn, weil der Theil des Gegebenen, der durch das Empfangene nicht vergütet wird, lediglich als ein Geschenk zu betrachten ist. — Hat sich Jemand ausdrücklich erkläret, daß er aus bloßer Freygebigkeit sich zu der ungleich größeren Gegenleistung verstehe, so hat die Sache keine Schwierigkeit. — Allein das Gesetz erlaubt hier selbst aus dem Ver-

hältnisse der Personen, welche den Contract mit einander geschlossen haben, die Vermuthung geltend zu machen, daß sie einen gemischten Vertrag (§. 864 Nr. 6) eingehen wollten, und schließt in einem solchen Falle das Rechtsmittel wegen Verkürzung über die Hälfte aus. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der Vertrag zwischen in friedlicher Eintracht lebenden Ehegatten, zwischen Ascendenten und Descendenten u. s. w. geschlossen worden wäre. — Bey entfernteren Graden der Verwandtschaft müßte, meines Erachtens, auch noch ein besonderer Grad von Zuneigung nachgewiesen werden.

5) Das Mißverhältniß des Werthes muß schon bey Abschließung des Geschäftes vorhanden gewesen seyn. Läßt sich also der damahlige Werth nicht mehr erheben, weil die Sache zu Grunde gegangen, sehr verschlimmert, durch Verbesserungen fast ganz umgeschaffen worden ist, oder weil die damahligen Verhältnisse und Beweismittel hierüber ganz verdunkelt worden sind; so würde das Rechtsmittel fruchtlos versucht werden.

6) Für die gerichtlichen Feilbiethungen führt theils das öffentliche und Privatinteresse, sie aufrecht zu erhalten, das Wort, theils die Vorsicht, mit welcher man in einem solchen Kaufe zu Werke gehen kann (§. 367) [1].

§. 936.

Von der Verabredung eines künftigen Vertrages.

Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Theils verlo-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 5 u. 6.

ren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpuncte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen.

1) Aeußerungen, künftig erst einen Vertrag eingehen zu wollen, geschehen, wie v. Zeiller bemerkt, oft nur im Scherze, oder wenigstens unüberlegt, oder so unbestimmt, daß daraus gar keine Verbindlichkeit entsteht; oft bewähren sie nur einen Vorsatz oder bloße unverbindliche Unterhandlungen. — Ueberhaupt sind solche einseitige Aeußerungen unverbindlich. — Dennoch sind Verabredungen über die künftige Abschließung eines Vertrages (insbesondere eines sogenannten Realcontractes, welcher erst durch die wirkliche Leistung, deren man aber zur Zeit noch nicht bedarf, zu Stande kommt), oft ein dringendes Bedürfniß, um sich in seinen Verhältnissen, und zur Erreichung bestimmter Zwecke sicher zu stellen, z. B. daß mir der Andere zur Zahlung einer nächstens verfallenden Schuld Geld borgen, oder zur bevorstehenden Reise seinen Wagen leihen, meine Kostbarkeiten während der Abwesenheit aufbewahren, oder daß eine Dienstperson nächstens in meine Dienste treten werde u. s. w.

2) Damit solche Verabredungen verbindlich seyn, ist daher vor Allem nothwendig, daß sie die wesentlichen Eigenschaften eines Vertrages überhaupt haben, d. i. sie müssen auf einer Seite ein Versprechen, und auf der anderen die Annahme enthalten. — Auch wird so, wie bey Verträgen überhaupt, die Fähigkeit der Personen, ihre wahre Einwilligung und die Möglichkeit der Leistung erfordert. Außer diesen Erfordernissen, welche zur Gültigkeit eines Vertrages überhaupt gehören, müssen aber derley Verabredungen, um verbindlich zu seyn, nach Vorschrift des gegenwärtigen §. noch folgende Eigenschaften haben:

3) Es muß sowohl die Zeit, wenn der eigentliche Vertrag abgeschlossen werden soll, als auch die wesentlichen Stücke des Vertrages, wie z. B. die Summe des Darleihens, das Lehen- oder Verwahrungsstück, entweder ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt werden. — Es entsteht nun aber hier die

Frage: wie bey dem Umstande, daß auch schon bey einer verbindlichen Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt werden müssen, diese vorläufige Verabredung sich von der wirklichen Abschließung des Vertrages unterscheide? — Ist der Vertrag, dem die Verabredung als gleichsam vorbereitender Vertrag vorhergehen soll, ein sogenannter Realcontract, der eigentlich erst durch die Uebergabe der Sache zu Stande kömmt, wie z. B. der Verwahrungs-, Leih-, Darleihens- und Pfandvertrag, dann unterliegt die Beurtheilung, ob das geschlossene Geschäft ein bloß vorbereitender, oder der wirkliche Vertrag selbst sey, keiner Schwierigkeit. — Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn die Verabredung einen bloßen Consensual-Vertrag betrifft, z. B. es hätte der A dem B versprochen, ihm sein Reitpferd um 500 fl. zu verkaufen, und binnen 4 Wochen dasselbe ihm gegen Aushändigung des Kaufpreises zu übergeben. — Da zur Wesenheit des Kaufvertrages selbst die Uebergabe des Kaufgegenstandes nicht gehört, sondern derselbe lediglich in dem angenommenen Versprechen besteht, Jemanden eine Sache gegen eine bestimmte Summe Geldes überlassen zu wollen (§. 1053), und die Uebergabe des Kaufgegenstandes auch auf längere Zeit hinausgeschoben werden kann (§. 1061), so entsteht hier der Zweifel, ob der zwischen A und B geschlossene Vertrag lediglich als eine im gegenwärtigen §. berührte Verabredung, künftig einen Kaufvertrag schließen zu wollen, oder als der wirkliche Kaufvertrag selbst anzusehen sey. — Ich glaube, daß man hier vor Allem in Erwägung ziehen müsse, ob sich die Parteyen in ihrer Verabredung auch das Uebereinkommen über einige Nebenpuncte vorbehalten haben oder nicht. Ist das erstere der Fall, so ist der geschlossene Vertrag nur als eine vorläufige Verabredung, ist aber das letztere der Fall, so ist er als der eigentliche Vertrag selbst anzusehen. In dem gegebenen Beyspiele wäre daher der zwischen A und B geschlossene Vertrag, der wirkliche Kaufvertrag.

4) Aus dem Ausdrucke „Verabredung," dessen sich hier das Gesetz bedient, könnte man auch zur Aufstellung der Behauptung

versucht werden, daß ein solcher vorläufiger Vertrag nur mündlich geschlossen werden könne. Allein diese Ansicht wäre sicherlich irrig, und mit der Absicht des Gesetzgebers, welche diesem §. zu Grunde liegt, schwer vereinbarlich. — Der Gesetzgeber hatte bey Erlassung dieses Gesetzes lediglich das Gewöhnliche vor Augen. — Indessen muß hier doch auf den Fall Rücksicht genommen werden, wenn sich die Parteyen ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben, und vorläufig einen Aufsatz über die Hauptpuncte errichten; — denn dieser Aufsatz heißt dann „Punctation" und vertritt hier die Stelle des ordentlichen Vertrages (§. 885).

5) Damit ein solches vorläufiges Versprechen, von welchem der gegenwärtige §. spricht, für den anderen Theil ein Recht, auf die Erfüllung desselben zu dringen, begründe, wird ferners erfordert, daß in der Zwischenzeit keine solche wesentliche Veränderung der Umstände eintrete, worüber der Zweck oder das Zutrauen verloren geht. Denn obschon man dadurch von einem bereits abgeschlossenen Vertrage abzugehen nicht berechtiget wird, so kann man doch, wie v. Zeiller bemerkt, vernünftiger Weise nicht vermuthen, daß Jemand unter solchen veränderten Umständen sich noch zur Abschließung des Vertrages verbindlich machen wollte, z. B. wenn der gewählte Diener zur Zeit des Eintrittes schwer erkrankt, wenn der künftige Anleiher in Concurs verfällt u. s. w.

6) Das Recht, auf die Erfüllung eines solchen Versprechens zu dringen, hört auch dann auf, wenn der Promissär, in so fern keine kürzere Erlöschungszeit bestimmt ist, binnen einem Jahre nach dem Zeitpuncte, als die Erfüllung des Versprechens hätte geschehen sollen, auf selbe nicht gedrungen hat. Wenn ich also Jemanden z. B. ein Darleihen, nach drey Monathen zugesagt habe, und er es in fünfzehn Monathen nicht verlangt, so ist sein Recht erloschen. Durch den Beysatz „längstens", dessen sich das Gesetz hier bedient, wird offenbar angezeigt, daß die Parteyen auch eine kürzere Erlöschungszeit unter sich festsetzen können. Dagegen können sie auch durch eine ausdrückliche Verabredung diese Frist nicht erweitern (Vergl. §. 1502).

7) Die rechtliche Wirkung einer solchen verbindlichen Verabredung ist, daß der Promittent zur förmlichen Abschließung des Vertrages, mit Beyfügen der Nebenbestimmungen, folglich nach Umständen zur Ausstellung einer schriftlichen Urkunde, wenn dieses verabredet worden, oder (wie bey Realcontracten) zur wirklichen Leistung oder zum Ersatze des erweislichen Schadens, wofür man sich aber vorsichtiger Weise ein Reugeld, oder eine Conventionalstrafe ausbedingen kann (§§. 909 u. 1336), angehalten werden könne. Es frägt sich aber hier, was Rechtens sey, wenn sich die Parteyen über die Nebenbestimmungen in der Folge nicht vereinigen können? Setzen wir z. B.: A hätte dem B ein Darleihen von 1000 fl., was binnen drey Monathen übergeben werden sollte, zugesichert; bey Uebergabe des Darleihens fordert der Darleiher die Ausstellung eines Schuldbriefes, worin das Haus des B zur Hypothek verschrieben, die Entrichtung 5 pCt. Interessen zugesichert, und eine vierteljährige Aufkündigung bestimmt werden solle; allein B verweigert die Verschreibung seines Hauses zur Hypothek, und will eine halbjährige Aufkündigung festgesetzt haben. — Ich glaube, daß es in einem solchen Falle hauptsächlich darauf ankomme, ob es sich um Nebenbestimmungen handle, die im Mangel einer ausdrücklichen Verabredung der Parteyen von dem Gesetze selbst festgestellt werden. In einem solchen Falle müßte sich jede Partey die Festsetzung solcher Bestimmungen gefallen lassen. Hätte z. B. der A dem B überhaupt versprochen, ein Darleihen gegen Zinsen zu geben, ohne daß der Betrag der Zinsen ausgesprochen worden wäre, so müßte sich der B allerdings bequemen, im Falle eines gegebenen Unterpfandes fünf, ohne Unterpfand aber sechs von Hundert in dem wirklichen Darleihens-Vertrage zuzusichern. — Handelt es sich aber um solche Nebenbestimmungen, in Ansehung welcher keine supletorischen gesetzlichen Anordnungen vorhanden sind, so können sie von dem Promittenten nach Willkühr festgesetzt werden, vorausgesetzt, daß die Erfüllung derselben dem Promissär möglich, und daß sie nicht ungewöhnlich sind, weil nicht angenommen werden kann, daß die Parteyen bey der getroffenen Verabredung, künftig den bestimmten Vertrag schlie-

ßen zu wollen, auch auf ungewöhnliche Nebenbestimmungen Rücksicht genommen haben. — So wird sich in dem gesetzten Falle der Anleiher allerdings zur Constituirung der Hypothek, und Bestimmung einer vierteljährigen Aufkündzeit bequemen müssen; denn indem der Promittent sich zur Uebergabe des Darleihens bereit erkläret, erfüllt er dasjenige, was er versprochen hat, und die Festsetzung der Bedingungen, unter welchen er dem Promissär das Darleihen zuzuzahlen sich anheischig macht, sind nicht von der Art, daß sie in der ersten Willens-Vereinigung als ausgeschlossen angesehen werden könnten. — Verabredungen unerlaubter Verträge sind ganz wirkungslos (§. 878); und die Verabredung einer künftigen Ehe zieht wenigstens keine Verbindlichkeit zur Abschließung derselben nach sich (§. 45).

§. 937.

Von der Verzicht auf Einwendungen.

Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.

1) Allgemeine Entsagungen auf alle nur mögliche Einwendungen, die der Gültigkeit eines Vertrages im Wege stehen könnten, sind, wie v. Zeiller bemerkt, meistens das Werk des rabulistischen Schriftverfassers, des Schlendrians, oft aber auch des Leichtsinnes und der gebietherischen, wucherlichen Bedrückung und Argliſt. — Da nun aber eine Entsagung, als eine verbindliche Willenserklärung (§. 1444), mit Einsicht und Ueberlegung geschehen soll (§. 869), aus einer in kurzen Worten hingeworfenen, und doch so viel umfassenden Entsagungs-Clausel nur auf eine Uebereilung, und eine gänzliche Unkenntniß jener Rechte, welche aufgegeben werden sollen, geschlossen werden kann, so erklärt der höchste Gesetzgeber hier solche Einwendungen mit vollem Rechte für wirkungslos.

2) Verzichtleistungen auf solche Einwendungen, deren Gegenstand bestimmt ausgedrückt ist, z. B. auf die wegen Verkürzung über die Hälfte, auf die Gewährleistung u. s. w., sind

in der Regel gültig. Ich sage in der Regel; denn es kommen Rechte und Einwendungen vor, auf welche man vermög Vorschrift des Gesetzes vorläufig nicht wirksam Verzicht leisten kann. Ausdrücklich erklärt das Gesetzbuch als unwirksam: a) Die Verzichtleistung auf die Rechtswohlthat des Inventars, bevor der Zeitpunct des Erbanfalles eingetreten ist (§. 803); b) die vorläufige Verzichtleistung auf die Einwendung der Verjährung (§. 502). Verzichtleistungen auf Einwendungen, die aus einem Verbothsgesetze entspringen, oder wenigstens zu unerlaubten Handlungen einladen würden, sind der Natur der Sache nach unwirksam. — Dahin gehört der Verzicht auf die Einwendung des Wuchers (§. 1000); eines der Gültigkeit der Ehe entgegenstehenden öffentlichen Hinderniſſes; die Einwendung der Furcht, des Betruges, des Irrthums, oder einer Scheinhandlung (§. 915), des nicht zugezählten Darleihens (§. 983) u. s. w.

Achtzehntes Hauptstück.

Von den Schenkungen.

§. 938.

Schenkung.

Ein Vertrag, wodurch eine Sache Jemanden unentgeldlich überlassen wird, heißt eine Schenkung.

1) Nachdem das Gesetzbuch die allgemeinen Bestimmungen über Verträge überhaupt abgehandelt hat, geht es auf die besonderen Arten der Verträge über. Einige davon sind schlechterdings unentgeldliche, wie die Schenkung und der Leihvertrag [1]); andere dagegen rein entgeldliche, wie der Tausch-, Kauf-, Bestandvertrag, dann der Vertrag über eine Gemeinschaft der Güter, und wieder andere können bald zu dieser oder jener Classe von Verträgen gehören, da in den Begriff derselben weder die Eigenschaft der Entgeldlichkeit noch Unentgeldlichkeit aufgenommen worden ist, und daher weder die eine noch die andere Eigenschaft als ein wesentliches Merkmahl der bestimmten Art des Vertrages erscheinet. Dieses ist der Fall bey dem Darleihens-, Verwahrungs- und Bevollmächtigungs-Vertrage, und mehreren Arten der Verträge über Dienstleistungen; ferner die Glücksverträge und Ehepacten; wobey bemerkenswerth ist, daß bey dem Verwahrungs- und Bevollmächtigungs-Vertrage die Unentgeldlichkeit zwar eine natürliche, aber keineswegs eine wesentliche Eigenschaft desselben ausmachet.

2) Der gegenwärtige §. stellt nun den Begriff der Schenkung auf. — Nach demselben ist Schenkung ein Vertrag, woraus folgt, daß die bloße Erklärung, Jemanden eine Sache oder ein Recht übertragen zu wollen, nur als eine Einleitung

1) Daß die Schenkung ein unentgeldlicher Vertrag sey, liegt in der Natur der Sache. — Ob aber auch der Leihvertrag schlechterdings unter die unentgeldlichen gehöre, hängt bloß von dem Begriffe ab, den das positive Recht mit demselben verbindet. Das österreichische Gesetzbuch hat das Merkmahl der Unentgeldlichkeit in die Definition ausdrücklich aufgenommen (§. 971).

zur Schenkung, nicht aber als die wirkliche Schenkung selbst angesehen werden könne, und daß erst durch die Annahme des gemachten Versprechens die Schenkung vollendet werde. — Wie lange der Schenker vor erfolgter Annahme des Versprechens an dasselbe gebunden bleibe, ist aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge (§. 862) zu entnehmen. Daraus, daß die Schenkung ein Vertrag genannt wird, folgt auch, daß sie der Regel nach nur einen Titel zur Erwerbung des Eigenthumes begründe, das Eigenthum aber nur durch die Uebergabe und Uebernahme der geschenkten Sache erworben werde (§§. 424 und 425).

3) Der Gegenstand der Schenkung ist eine Sache. Unter Sache versteht aber das Gesetz alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, folglich auch alle Rechte und Dienstleistungen (§. 285); und obschon kein Zweifel ist, daß der §. hier von Ueberlassung des Eigenthums einer Sache, und nicht bloß von einem Gebrauchs- und Nutzungsrechte der Sache spricht, so ist doch nach obiger Erklärung dieses Gebrauchs- und Nutzungsrecht selbst wieder als eine Sache anzusehen, welche Jemanden überlassen werden kann. Nach den Worten des gegenwärtigen §. wäre daher auch die unentgeldliche Ueberlassung des Gebrauches einer Sache als eine Schenkung anzusehen. Allein da das Gesetzbuch die unentgeldliche Ueberlassung des Gebrauchsrechtes einer Sache im zwanzigsten und einundzwanzigsten Hauptstücke als eine besondere Vertragsart ansieht, so kann der Begriff „Sache" hier nur auf solche Rechte ausgedehnt werden, deren Ueberlassung das Gesetzbuch nicht in eine besondere Vertragsgattung gereihet hat.

4) Die Schenkung ist ferner die unentgeldliche Ueberlassung der Sache an eine andere Person. Indessen kann doch auch die Ueberlassung einer Sache gegen Entgeld in gewisser Beziehung und in manchen Fällen unter die Schenkungen gerechnet werden. Ich beziehe mich hier auf das, was ich im §. 864 von gemischten Verträgen gesprochen habe. — Wenn nähmlich Jemand die ihm eigenthümliche Sache einem Andern aus wohlthätigem Sinne und bloßer Freygebigkeit um

einen solchen niedrigen Preis überläßt, daß derselbe mit dem Werthe der überlassenen Sache in keinem Verhältnisse steht, so ist ein solcher Vertrag theilweise, und zwar nach der Analogie des §. 942 in Ansehung des übersteigenden Werthes als ein wahrer Schenkungsvertrag anzusehen.

5) Die Absicht und die natürliche Wirkung jeder Schenkung ist, daß lediglich zum Vortheile des Geschenknehmers aus der Rechtssphäre des Geschenkgebers etwas genommen, und in die Rechtssphäre des Geschenknehmers übertragen, folglich dessen Eigenthum dadurch vermehret wird. — Ein Vertrag, bey welchem die Absicht eine andere ist, oder der diese Wirkung nicht hervorbringt, kann, wenn er auch sonst einer Schenkung ähnlich wäre, nicht als eine Schenkung angesehen werden.

§. 939.

In wie fern eine Verzichtleistung eine Schenkung sey.

Wer auf ein gehofftes, oder wirklich angefallenes oder zweifelhaftes Recht Verzicht thut, ohne es einem Andern ordentlich abzutreten, oder dasselbe dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung zu erlassen, ist für keinen Geschenkgeber anzusehen.

1) Es ist bereits am Schlusse der Erläuterung des vorigen §. bemerkt worden, daß aus dem gesetzlich aufgestellten Begriffe einer Schenkung nothwendig folge, daß sich durch dieselbe das Eigenthum des Beschenkten vermehren müsse; woraus sich zugleich ergibt, daß nur jene Verzichtleistung auf ein Recht, wodurch sich das Eigenthum des Beschenkten nach der Absicht des Verzichtleistenden vermehren soll, als ein solches Versprechen angesehen werden könne, welches, wenn von Seite des anderen Theiles die Annahme hinzutritt, eine Schenkung begründet. Aus eben diesem Grunde kann die Verzichtleistung auf ein gehofftes, oder wirklich angefallenes, oder zweifelhaftes Recht in dem Falle als keine Schenkung angesehen werden, wenn sie bloß in Folge des Befugnisses, über sein Eigenthum

nach Willkühr zu schalten, folglich sich auch desselben in der Art zu begeben, daß sich dabey nicht bekümmert werde, an wen das Eigenthum übergehe, geschieht, weil dabey die Absicht wegfällt, das Eigenthum einer bestimmten Person dadurch zu vergrößern. Aus diesem Grunde kann es für keine Schenkung angesehen werden, wenn Jemand seine eigenthümliche Sache auf- oder preisgibt, und dadurch einen Anderen, der sich gerade in der Gelegenheit dazu befindet, in den Stand setzt, sich derselben zu bemächtigen und sich dieselbe zuzueignen; oder wenn Jemand das ihm zugedachte Erbrecht oder Vermächtniß ausschlägt, oder das eine oder andere demjenigen, der durch diese Ausschlagung bereichert wird, ordentlich abzutreten. — Aus eben dieser Ursache kann auch die Entsagung des Vertragserben auf sein ihm zugesichertes Erbrecht, wenn sie auch mit Zustimmung des Theiles, der das Versprechen gemacht hat, geschieht, als keine Schenkung angesehen werden, da hierdurch das Eigenthum desselben nicht vermehrt wird; denn das Recht, auf welches der bedachte Theil verzichtet hat, nähmlich: das Erbrecht, kann auf den andern Theil nicht zurückfallen, da er nicht sein eigener Erbe seyn kann.

2) Aber auch in dem Falle, als die Absicht des Verzichtleistenden wirklich dahin ging, daß sich dadurch das Eigenthum einer bestimmten andern Person vermehren soll, kann diese Verzichtleistung als keine Schenkung angesehen werden, wenn die Annahme desjenigen, der durch diese Verzichtleistung begünstiget wird, nicht hinzu getreten ist (§. 938 Nr. 2). Daher ist selbst derjenige, welcher dem Verpflichteten seine Schuld erläßt, für keinen Geschenkgeber anzusehen, wenn diese Erlassung ohne Einwilligung des Verpflichteten geschehen ist.

§. 940.

Belohnende Schenkung.

Es verändert die Wesenheit der Schenkung nicht, wenn sie aus Erkenntlichkeit, oder in Rücksicht auf die Verdienste des Beschenkten, oder als

eine besondere Belohnung desselben gemacht worden ist; nur darf er vorher kein Klagerecht darauf gehabt haben.

§. 941.

Hat der Beschenkte ein Klagerecht auf die Belohnung gehabt, entweder, weil sie unter den Parteyen schon bedungen, oder durch das Gesetz vorgeschrieben war; so hört das Geschäft auf, eine Schenkung zu seyn, und ist als ein entgeldlicher Vertrag anzusehen.

1) Auch diese Vorschriften ergeben sich, wie v. Zeiller bemerkte, aus dem Begriffe der Schenkung, nähmlich, daß sie zu den unentgeldlichen Verträgen gehört. Man könnte zwar versucht werden, zu glauben, daß belohnende Schenkungen zu den entgeldlichen Verträgen gehören, weil dasjenige, was hier geschenkt wird, nach der Absicht des Schenkenden das Entgeld für eine von dem Beschenkten zum Vortheile des ersteren gemachte frühere Leistung seyn soll. Allein da die Vergeltung hier, wie der §. 940 voraussetzt, nicht in Folge einer vorhandenen rechtlichen Verpflichtung, sondern höchstens nach dem Befehl des Sittengesetzes, sohin immer aus bloßem guten Willen geschieht, und der Schenkende dabey auch den Erwerb eines Rechtes nicht bezielet, indem die Schenkung für eine vergangene Leistung geschieht, so hört eine solche belohnende Schenkung nicht auf, ein unentgeldlicher Vertrag zu seyn.

2) Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Schenkung in Folge einer dem Geschenkgeber entweder vom Gesetze auferlegten, oder von ihm freywillig eingegangenen Verpflichtung geschieht. Das was hier unter der Benennung „Schenkung" gegeben wird, ist keine wahre Schenkung im rechtlichen Sinne des Wortes. Wenn daher der Eigenthümer einer Sache dem Finder derselben, wenn die Partey ihren Rechtsfreund oder Arzt, oder wenn Jemand dem Retter seiner Sache (§. 403) eine Belohnung zusichert oder übergibt, so ist selbe, in so weit sie

nicht das in den Gesetzen (§§. 391 u. 403) bestimmte Maß überschreitet, als keine Schenkung anzusehen. Nur das allfällig gegebene Uebermaß wäre nach den Grundsätzen der Schenkung zu beurtheilen.

3) Um Mißverständnisse zu beseitigen, muß ich hier bemerken, daß nicht jede Gabe, die in Folge einer eingegangenen Verpflichtung geleistet wird, dem Begriffe einer Schenkung widerstreite. Man muß vielmehr in einem solchen Falle sein Augenmerk darauf richten, ob die eingegangene Verpflichtung selbst nicht als eine Schenkung anzusehen sey? — Ist sie als eine solche anzusehen, so ist die in Folge der eingegangenen Verpflichtung, obschon dem annehmenden Theile hieraus ein Klagerecht erwächst, geleistete Gabe nichts anders, als die Erfüllung des Schenkungsvertrages, und es wird daher die Natur desselben nicht geändert. Setzen wir z. B.: der A habe dem B aus bloßer Freygebigkeit Ein Hundert Gulden zugesichert, weil ihm aber die Geldsumme, aus der er ihm diese Hundert Gulden zuzuzählen Willens ist, noch nicht eingeflossen, habe er ihm eine Urkunde eingehändigt, und darin die Zahlung binnen Jahresfrist versprochen. Obschon nun nach Verlauf dieser Frist dem Promissär ein Klagerecht gegen den Promittenten zusteht, so ist letzterer, wenn er nach abgelaufener Frist diese Hundert Gulden in Folge der einmahl rechtlich eingegangenen Verpflichtung übergibt, doch immer als ein Geschenkgeber anzusehen; ja, er würde selbst dann nicht aufhören, Geschenkgeber zu seyn, wenn der Promissär genöthiget würde, diese Summe im Executionswege sich zu verschaffen.

4) Ob aber eine verheißene Belohnung, zu der kein Gesetz verpflichtet, als eine Schenkung anzusehen sey oder nicht, hängt von dem Umstande ab, ob zur Zeit der gemachten Verheißung dasjenige, wofür die Belohnung zugesichert wurde, schon geleistet worden ist oder nicht. Im ersteren Falle ist die Belohnung allerdings als eine Schenkung zu betrachten, weil der Promittent einerseits keine rechtliche Verpflichtung hatte, sie zuzusichern, und andererseits derselbe dabey den Erwerb einer Sache nicht bezielet, da dasjenige, wofür er die Belohnung zu-

gesichert hat, bereits geleistet ist. Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Belohnung vor geschehener Leistung zugesichert wurde. Es geschieht zwar auch in diesem Falle das Versprechen der Belohnung freywillig, allein der Promittent verbindet hier mit seinem Versprechen den Zweck, den Anderen zur Leistung dessen, wofür die Belohnung ausbedungen ist, zu vermögen; er bezielet sohin die Erwerbung einer Sache oder eines Rechtes, und von demjenigen, der in Folge dieser ausgesprochenen Belohnung sich zu dieser Leistung herbeyläßt, muß nach dem natürlichen Laufe der Dinge angenommen werden, daß er dabey die Gewinnung der Belohnung bezwecke. — Dieses ist aber das wesentliche Merkmahl entgeldlicher Verträge (§. 864 Nr. 2). Wenn daher z. B. derjenige, der 1000 fl. verloren hat, dem Finder nach zugestellter Sache über die dem letzteren gesetzlich gebührenden 100 fl. noch besonders 100 fl. als Belohnung binnen einer bestimmten Frist zu übergeben verspricht, und der Finder dieses Versprechen annimmt, so entsteht ein wahrer Schenkungsvertrag, und die wirkliche Uebergabe dieser 100 fl. gehört dann lediglich zur Erfüllung dieses Schenkungsvertrages; hat aber der Verlierer bey Kundmachung des Verlustes dem Finder 200 fl. zugesichert, dann ist derselbe, in Ansehung dieser zugesicherten Belohnung, keineswegs mehr als ein Geschenkgeber, selbst nicht in Bezug auf das Uebermaß von 100 fl., anzusehen.

§. 942.

Wechselseitige Schenkungen.

Sind Schenkungen vorher dergestalt bedungen, daß der Schenkende wieder beschenkt werden muß; so entsteht keine wahre Schenkung im Ganzen, sondern nur in Ansehung des übersteigenden Werthes.

1) Wenn zwey Personen (wie bey verschiedenen Gelegenheiten Brautpersonen, Ehegatten oder nahe Verwandte) sich wechselseitig freywillig beschenken, ohne daß die Gaben bedun-

gen worden sind, so bleiben diese inner den Gränzen wahrer Geschenke, und es ist jede Schenkung für sich nach den von Schenkungen überhaupt vorgeschriebenen Regeln zu beurtheilen. Sind aber die Gaben wechselseitig bedungen worden, dann ist von keiner Seite ein reiner Act der Freygebigkeit mehr vorhanden, beyde Contrahenten beziehlen auch für sich Rechte zu erwerben, es ist also keine wahre Schenkung, sondern vielmehr ein entgeldlicher Vertrag vorhanden. — Nur in dem Falle, als die Sache, die der eine zu geben verspricht, auffallend einen höheren Werth hätte, als diejenige, welche der andere Theil sich zu geben anheischig macht, erscheint der erstere noch immer als Geschenkgeber, jedoch nur in Ansehung des übersteigenden Werthes.

2) Gehet aus den Umständen mit Verläßlichkeit hervor, daß die gegenseitigen Schenkungen nur zu dem Zwecke bedungen worden seyn, um ein entgeldliches Rechtsgeschäft zu bemänteln, so sind dieselben nach jenen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, welche für das Rechtsgeschäft bestehen, das dadurch hätte bemäntelt werden sollen (§. 916). Haben daher die Schenkungen solche Sachen zum Gegenstande, die nur unentgeldlich hintangegeben werden dürfen, und sind selbe eine offenbare Maske, um einen Kauf- oder Tauschvertrag dadurch zu bedecken, — so werden sie als ungültig zerfallen, und die allenfalls mit einem solchen Kauf- oder Tauschvertrage vom Gesetze insbesondere in Verbindung gesetzten widrigen Folgen mit sich führen. Dienen sie aber einem entgeldlichen Veräußerungsacte, der an und für sich nicht unerlaubt ist, zur Verkleidung, so treten die für diesen Veräußerungsact bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ein. So kann sich z. B. bey wechselseitig bedungenen (übrigens wahren) Schenkungen kein Theil wegen Verletzung über die Hälfte beschweren; hat aber einer der Contrahenten, die mitsammen einen entgeldlichen Vertrag verabredeten, weil ihm der unverhältnißmäßige Werth der gegentheiligen Leistungen bekannt war, den anderen dahin gebracht, diesen entgeldlichen Vertrag in eine gegenseitige Schenkung zu verkleiden, so würde dem andern Theile allerdings das Rechtsmittel, die Aufhebung des Vertrages wegen Verletzung über die

Hälfte zu begehren, zu Gebothe stehen. Dagegen würde dieser auch nicht befugt seyn, wegen Undankbarkeit des anderen Contrahenten das gegebene Uebermaß, das z. B. die Hälfte nicht erreichet, zurückzufordern.

3) Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenknehmer zu leistenden Bedingung, oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzwecke versprochen oder gegeben worden, sind in der Regel den lästigen Verträgen gleich zu achten. Eine Ausnahme von dieser Regel würde dann eintreten, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß die Bedingung oder der Endzweck nur zum Schein beygefügt worden, oder daß dadurch vielmehr der Vortheil des Beschenkten, als der des Geschenkgebers oder eines Dritten bewirkt werden soll. — Wie Schenkungen, welche in Rücksicht einer künftigen, aber doch nicht erfolgten Ehe gemacht worden sind, zu behandeln seyen, wird anderswo bestimmt (§. 1247).

§. 943.

Form des Schenkungsvertrages.

Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muß durch eine schriftliche Urkunde begründet werden.

1) Die Ursache dieser Abweichung von der allgemeinen, über die Form der Verträge aufgestellten Regel (§. 883) liegt, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, in der Betrachtung, daß junge, leichtsinnige oder schwache Gemüther durch Erhitzung der Einbildungskraft, oder in einer oft absichtlich herbeygeführten Aufwallung des Geblüts zu unbesonnenen, gar bald wieder bereuten, mündlichen Verheißungen hingerissen werden; daß man sich dagegen nicht so rasch zur wirklichen Uebergabe, oder zur Abfassung einer schriftlichen Urkunde entschließe. — Eine bloß mündliche Schenkung also, sie mag eine einfache oder belohnende, vor noch so vielen Zeugen,

auch in Beyseyn von Gerichtspersonen erklärt seyn, und der Promittent mag selbe mit noch so viel Betheurungen verstärket, und auf die Einwendung, die ihm aus der gegenwärtigen Vorschrift des Gesetzes zu Gebothe steht, verzichtet haben, begründet für den Geschenknehmer kein Klagerecht.

2) Die Römer machten bekanntlich einen Unterschied zwischen pactum und contractus: Ersteres war ein Vertrag, der nach altrömischem Rechte kein Klagerecht bewirkte; mit der letzteren Benennung wurden dagegen jene Verträge belegt, aus denen ein Recht zu klagen entstand. Obschon nun aus einem pactum nudum keine Klage erhoben werden konnte, so war dasselbe doch nicht wirkungslos, und insbesondere war eine Wirkung hiervon diese, daß die durch ein solches pactum begründete natürliche Forderung einer solchen, welche selbst ein Klagerecht wirkte, im Wege der Compensation als Einwendung entgegen gesetzt, und von letzterer abgerechnet werden konnte. — Da nun der gegenwärtige §. gleichfalls nur davon spricht, daß aus einem bloß mündlichen Schenkungsvertrage dem Geschenknehmer kein Klagerecht erwachse, so könnte man versucht werden, anzunehmen, daß die aus einem mündlichen Schenkungsvertrage nach dem natürlichen Privatrechte entstehende Forderung, welche nur nach positivem Rechte keine Klage wirkt, eben so, wie das aus dem pacto nudo der Römer entsprungene natürliche Recht, wenigstens im Wege der Compensation, in der Einrede geltend gemacht werden könne. — Allein diese Ansicht wäre irrig, denn das österreichische Gesetz kennt diesen Unterschied nicht. Das, was nach dem natürlichen Privatrechte eine Forderung ist, wird eben dadurch, daß ihr der positive Gesetzgeber das Klagerecht versagt, nach positivem Rechte als Forderung aufgehoben; denn eine Forderung, zu deren Realisirung mir das Gesetz den Rechtszwang nicht angedeihen läßt, kann unmöglich eine Forderung im rechtlichen Sinne des Wortes seyn. — Wollte man aber auch annehmen, daß der Begriff der Forderung nicht aufgehoben werde, wenn der Gesetzgeber zur Realisirung derselben das Klagerecht versagt hat, so muß man doch nothwendig zugeben, daß eine Forderung, welche nach positiven Gesetzen kein

Klagerecht wirkt, nicht unter jene Arten von Forderungen gereihet werden könne, aus welchen auch nach positivem Rechte ein Klagerecht erwächst; nun sagt aber der §. 1438, daß nur gleichartige Forderungen sich gegenseitig compensiren; es kann also auch nach österreichischem Rechte eine Forderung, welche kein Klagerecht nach sich zieht, mit einer Forderung, welche ein Klagerecht wirkt, nicht compensiret werden [1]). Ein ohne wirkliche Uebergabe bloß mündlich geschlossener Schenkungsvertrag ist daher für jeden Fall ohne rechtliche Wirkung.

3) Aus dem hier Gesagten ziehe ich die weitere Folgerung, daß, wenn derjenige, welcher Jemanden die unentgeldliche Ueberlassung einer Sache bloß mündlich zugesichert hat, — in der Folge freywillig die Sache wirklich übergibt, eigentlich von dem Zeitpuncte der Uebergabe an als ein Geschenkgeber anzusehen ist, indem erst durch die Uebergabe ein rechtlich wirksamer Schenkungsvertrag gegründet wird.

4) Ein wirklich übergebenes Geschenk überträgt sogleich das Eigenthumsrecht (§. 425). Ist der Uebergabe des Geschenkes die Errichtung einer schriftlichen Urkunde nicht vorausgegangen, so fallen Titel und Erwerbungsact in einen Act zusammen, indem dem Geschenknehmer aus dem vorausgegangenen mündlichen Versprechen nicht einmahl ein Recht zur Sache erwachsen ist. — Wäre ein mündlich verheißenes Geschenk nur zum Theile übergeben worden, so könnte aus diesem Grunde der Ueberrest nicht mehr gefordert werden. Eine schriftliche Schenkung ohne Uebergabe der Sache gibt zwar noch kein Eigenthumsrecht, aber ein persönliches Recht zur Sache.

5) Es ist übrigens hier bemerkenswerth, daß der gegenwärtige §. sich keineswegs dahin ausdrückt, daß ein Schenkungsvertrag schriftlich geschlossen werden müsse, sondern nur dahin lautet, daß aus einem bloß mündlichen Schenkungsvertrage für den Geschenknehmer kein Klagerecht erwachse, sondern dieses Recht durch eine schriftliche Urkunde begründet werden müsse. Hätte der Gesetzgeber angeordnet, daß Schen-

1) Ich setze einstweilen voraus, daß durch österreichische Rechte die Compensation in der Einrede geltend gemacht werden kann.

kungsverträge schriftlich errichtet werden müssen, dann wäre auch kein Zweifel, daß diejenigen Recht haben, welche behaupten, daß in der schriftlichen Urkunde auch die Acceptation von Seite des Geschenknehmers ausgedrückt, und sie sohin auch von ihm unterfertigt seyn müsse (§. 884); denn zu einem Vertrage wird Versprechen und Annahme erfordert. Wenn daher in der Urkunde nur das Versprechen enthalten, die Annahme aber bloß mündlich geschehen ist, so kann man nicht sagen, daß ein schriftlicher Vertrag zu Stande gekommen sey. Allein nach der Textirung des gegenwärtigen §. scheint es zu genügen, wenn nur über das Versprechen die schriftliche Urkunde errichtet ist, weil man in diesem Falle nicht mehr sagen kann, daß ein bloß mündlicher Schenkungsvertrag vorhanden sey. Wird nun von dem Geschenkgeber über sein Versprechen eine Urkunde in jener Form ausgefertigt, welche nach der Gerichtsordnung überhaupt als beweismachend angesehen werden muß, und dieselbe dann demjenigen, dem das Geschenk zugedacht ist, übergeben, und von ihm auch angenommen, so genügt dieses, um für den Geschenknehmer ein Klagerecht zu begründen; da letzterer durch die Annahme der Schenkungsurkunde ganz unzweydeutig zu erkennen gibt, daß er das Geschenk annehme, und es ist gerade nicht nothwendig, daß die Annahme ausdrücklich durch Worte erkläret werde. — Diese Behauptung wird auch durch den oben Nr. 1. angeführten Grund vollkommen bestätiget.

6) Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung die Schuld erläßt, ist zwar nach §. 939 für einen Geschenkgeber anzusehen, und sohin die Erlassung der Schuld eine Schenkung, indessen glaube ich, daß zur Begründung dieser Schenkung eine schriftliche Urkunde nicht nöthig sey; denn eben dadurch, daß das Gesetz hier dem Geschenknehmer nur das Klagerecht abspricht, setzt es eine Schenkung voraus, welche nur durch die Uebergabe der geschenkten Sache realisirt wird. Bey Erlassung einer Schuld ist eine Uebergabe nicht gedenkbar, sie ist vielmehr durch den Act der Erlassung selbst eben so vollzogen anzusehen, als die Schenkung einer körperlichen Sache, welche sich

ohnehin in Verwahrung des Geschenknehmers befindet, durch das Versprechen, der Geschenknehmer solle nun die Sache als sein Eigenthum behalten, als vollendet betrachtet werden muß (§. 428). Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch durch den §. 1444 bestätigt, der ausdrücklich erklärt, daß durch die Entsagung die Verbindlichkeit des Schuldners erlösche, ohne dieselbe an eine bestimmte Form zu knüpfen.

7) Die Bestimmungen, binnen welcher Zeit, wenn sie nicht bedungen worden ist, die Uebergabe des Geschenkes erfolgen müsse, von welchem Zeitpuncte dem Beschenkten die Nutzungen gebühren u. s. w., müssen, wie v. Zeiller bemerkt, aus den Hauptstücken von Verträgen überhaupt ergänzet werden.

§. 944.

Maß einer Schenkung.

Ein unbeschränkter Eigenthümer kann mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften auch sein ganzes gegenwärtiges Vermögen verschenken. Ein Vertrag aber, wodurch das künftige Vermögen verschenkt wird, besteht nur in so weit, als er die Hälfte dieses Vermögens nicht übersteigt.

1) Ueber die subjective Fähigkeit, eine Schenkung zu machen und anzunehmen, gelten die allgemeinen Vorschriften über Verträge (§. 865). Die gegenwärtige Anordnung, daß ein unbeschränkter Eigenthümer mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, nähmlich der gehörigen Form (§. 943), und der ihm obliegenden besonderen Pflichten (§§. 950 — 954), auch sein ganzes gegenwärtiges Vermögen verschenken könne, gründet sich schon in seinen Befugnissen als Eigenthümer (§. 362). Da Schenkungen dieser Art ohnehin nur in solchen Fällen zu geschehen pflegen, wo der Schenkende eine dauerhafte Versorgung genießt, so fand der Gesetzgeber um so weniger nothwendig, hier eine das Eigenthumsrecht des Geschenkgebers beschränkende Anordnung zu erlassen, als für letzteren bey eintretendem Nothfalle

auf andere Weise gesorgt ist (§. 947). Doch könnte, wie v. Zeiller bemerkt, eine Schenkung des ganzen Vermögens ohne ausdrückliche Erklärung auf das künftige nicht ausgedehnt werden (§§. 915 u. 1177).

2) Wenn aber Jemand sein ganzes künftiges Vermögen (mit oder ohne Einschluß des gegenwärtigen) verschenkte, so will das Gesetz, daß einem solchen verschwenderischen Wohlthäter, der sich der Mittel seines künftigen Unterhaltes, seiner Betriebsamkeit, oder seiner Wohlthätigkeit gegen andere, ihm vielleicht näher angehörige oder um ihn verdientere Personen beraubte, wenigstens die Hälfte seines künftigen Erwerbes vorbehalten bleiben soll, worauf er also Verzicht zu leisten nicht berechtiget wäre (§. 937 Nr. 2) [1].

3) Wenn ein Beamter, der eine Besoldung genießt, die zufolge der bestehenden Vorschriften weder abgetreten, noch mit Pfändung oder Verboth belegt werden kann, Jemanden sein ganzes gegenwärtiges und künftiges Vermögen schenkt, so kann aus dem hier angeführten Grunde der Genuß seiner Besoldung darunter nicht verstanden werden, und es wäre in diesem Falle auch nicht einmahl anzunehmen, daß der Geschenkgeber sein Versprechen auch auf seine Besoldung ausdehnen wollte. Hätte aber derselbe sein Versprechen ausdrücklich auch auf seine Besoldung ausgedehnt, so könnte der Geschenknehmer, nach meiner Ueberzeugung, nur die Hälfte desjenigen in Anspruch nehmen, was der Geschenkgeber erweislich aus seiner Besoldung von Zeit zu Zeit in Ersparung bringt.

§. 945.

In wie fern der Geber für das Geschenkte hafte.

Wer wissentlich eine fremde Sache verschenkt, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, haftet für die nachtheiligen Folgen.

1) Wer eine Sache verschenkt, will sie nur in der Beschaffenheit, worin sie sich befindet, überlassen. — Er würde viel-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.

leicht, wie v. Zeiller sehr richtig bemerkt, wenn die Sache mangellos oder lastenfrey wäre, oder wenn er gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sey, den Andern gar nicht beschenkt haben. — Da übrigens der Schenker durch seine That wirklich nichts gewinnt, entzieht er auch dem Beschenkten nichts aus dem Seinigen, und es bleibt bey dem vorigen Zustande, da es, abgesehen von besonderen Verhältnissen, keinen gerechten Titel zur positiven Vermögens-Vermehrung aus dem Sinn eines anderen Menschen gibt. Schenkungen sind vom Anfange wohlthätige Handlungen, und müssen, wenn die Menschen Wohlthaten zu üben nicht abgeschreckt werden sollen, es auch in ihren Folgen bleiben [1]). Aus diesem Grunde findet daher bey Schenkungen eine Gewährleistung der Regel nach nicht Statt.

2) Eine in der Natur gegründete Ausnahme von dieser Regel würde der Fall begründen, wenn der Geschenkgeber sich in der über die Schenkung ausgefertigten Urkunde ausdrücklich zur Gewährleistung verbunden hätte. — Denn ein Versprechen, welches weder nach seiner Natur noch vermög eines positiven Gesetzes als unerlaubt und verbothen erscheint, kann ungeachtet des Bestandes anderer legislativen Entscheidungen, die in einem solchen Falle als supletorische Verfügungen anzusehen sind, rechtlich gemacht und angenommen werden. Indessen glaube ich, daß dieses Recht, Gewährleistung zu fordern, dem Geschenknehmer aus einem bloß mündlich geschlossenen Schenkungsvertrage, wenn derselbe auch mit der wirklichen Uebergabe der Sache verbunden wird, nicht zukomme; denn dieses Recht hat der Gesetzgeber mit der Uebergabe der geschenkten Sache nicht in Verbindung gesetzt, das Recht, die Gewährleistung zu fordern, erschiene sohin keineswegs durch die Uebergabe des geschenkten Gegenstandes, sondern lediglich durch das bey der Schenkung gemachte mündliche Versprechen begründet; ein solches bloß mündliches Versprechen wirkt aber kein Klagerecht (§. 943). Hierzu kömmt noch, daß das Versprechen der Gewährleistung,

1) Siehe die Abhandlung des Herrn Prof. Dr. Joseph Helfert über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bey Schenkungen und Vermächtnissen in der Wag. Zeitschrift 1825. 2. Hft. S. 111.

weil dem Beschenkten gesetzlich kein Recht darauf zusteht, als eine neue bedingte Schenkung anzusehen ist, indem der Geschenkgeber in diesem Falle dem Geschenknehmer zusichert, daß, wenn ihm die geschenkte Sache evincirt werden sollte, er ihm entweder eine andere gleicher Gattung oder die Werthssumme unentgeldlich überlassen wolle (§. 938).

3) Ist wegen der Gewährleistung kein rechtsgültiges Uebereinkommen getroffen worden, so wollen Einige nach dem römischen Rechte unterscheiden, ob mit der Schenkung zugleich die Uebergabe verbunden war, oder das Versprechen abgesondert vorher gegangen ist. Im letzten Falle soll der Schenker unbedingt zu haften haben. — Diese Behauptung, welche schon sicherlich nach römischem Rechte unrichtig ist, wäre es um so mehr, wenn man sie auch nach österreichischem Rechte aussprechen wollte, wie schon Herr Professor Helfert [1]) gezeigt hat; — denn ist das vorausgegangene Versprechen durch keine Urkunde begründet, so ist es eben so viel, als ob mit der Schenkung zugleich die Uebergabe verbunden gewesen wäre (§. 943 Nr. 3); ist aber ein schriftliches Versprechen vorhergegangen, so enthält dieses die wahre Schenkung, und die Uebergabe gehört nur zur Erfüllung des Schenkungsvertrages. Diese kann aber das dem Geschenknehmer aus dem eigentlichen Schenkungsvertrage erworbene Recht nicht erweitern.

4) Von diesem Falle ist zu unterscheiden, wenn der Gegenstand der Schenkung vor der Uebergabe und noch im Besitze des Schenkers zu Grunde geht, oder außer Verkehr gesetzt, oder demselben entrückt wird. Hier soll, nach der Meinung des Herrn Professor Dr. Helfert, der Promittent seines Versprechens ledig, und sofern von seiner Seite keine Arglist unterlaufen ist, außer aller Haftung seyn. Ganz richtig bemerkt der gelehrte Herr Verfasser, daß in diesem Falle von einer Gewährleistung keine Rede seyn könne, weil die Gewährleistung die gänzliche Vollziehung des Geschäftes durch Uebernahme, oder wenigstens Uebergabe voraussetze. — Allein gerade aus dieser Bemerkung folgt, daß der §. 922 auf diesen berührten

1) Am a. O. S. 116.

Fall nicht anzuwenden sey, sondern hier lediglich der §. 880 in Wirksamkeit zu treten habe. Nun ist aber bey Erläuterung dieses §. gezeigt worden, daß der Promittent ohne Unterschied, ob der Vertrag ein entgeldlicher oder unentgeldlicher sey, dem Promissär verantwortlich sey, wenn die Erfüllung des Vertrages aus seinem Verschulden unmöglich gemacht wird.

5) Erfolgt die Entwährung nach bereits vollzogener Schenkung und gemachter Uebergabe, so machen Einige die weitere Bestimmung auf dem Grunde, ob die Schenkung eine Species, oder ein Genus zum Gegenstande hat. — Im ersten Falle soll der Geschenkgeber für die Entwährung nicht einzustehen haben, im letzten Falle aber wegen derselben unbedingt haften, und zwar aus dem Grunde, weil der Schenker einer Species nur die auf und an der Sache ihm zustehenden Rechte verschenken, und damit nicht weiter in Haftung kommen, oder eine Verbindlichkeit an sich nehmen wolle, und er wahrscheinlich die ganze Schenkung unterlassen würde, wenn er wüßte, daß die Sache nicht ihm gehöre; bey den Versprechen eines Genus aber sey auf jeden Fall eine Obligation begründet. Bey Gattungsforderungen habe der Verpflichtete nur die Wahl, eine von den mehreren Species zu wählen, er muß aber eine wählen, wovon der Promissär Gebrauch machen, und welche er also eigenthümlich behalten kann. — Thut er dieses nicht, so müsse er die gemachte Wahl verbessern, und nur er, und nicht der Beschenkte, könne darunter leiden, wenn schlecht gewählet wird. Herr Professor Helfert [1]) stellt diesem Raisonnement folgende Bedenken entgegen. — Es sey gewiß, daß jener, der eine fremde Sache verspricht, eben so ein Versehen begehe, als jener, der aus einem Genus eine fremde Sache wählet. Bey diesem liege das Versehen in der Wahl, bey jenem im Versprechen; ein Versehen sey immer da. Der Schenker brauche aber ein Versehen nie zu verantworten. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch sage zwar, daß Jedermann berechtiget sey, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser

1) Am a. O. 117 — 118.

ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern (§. 1295), und daß es ein Verschulden sey, die willkührliche Beschädigung möge sich in einer bösen Absicht oder in einem Versehen gründen (§. 1294); doch dieses sey eine allgemeine, in dem Hauptstücke von dem Schadenersatze und der Genugthuung enthaltene Bestimmung, der im vorliegenden Falle durch die genauere Entscheidung des §. 945, welcher nur für dolose Handlungen verantwortlich macht, derogirt wird. Dazu komme, daß bey einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen werde, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915).

Allein ich halte diese Bedenken nicht für zureichend, die obigen für das Gegentheil angeführten Gründe zu widerlegen. Der ausgesprochene Satz: daß ein Schenker ein Versehen nie zu verantworten brauche, ist sicherlich irrig. Setzen wir den Fall, daß Jemand in einer schriftlichen Urkunde die Sache A zu überlassen versprochen, dagegen aber aus Irrthum in der Abenddämmerung die Sache B dafür hergegeben habe; wer würde wohl zu behaupten wagen, daß der Geschenknehmer sich damit zufrieden stellen müsse? — Die allgemeinen Bestimmungen, welche in dem Hauptstücke von dem Schadenersatze und der Genugthuung enthalten sind, haben ungezweifelt in allen jenen Fällen Anwendung, für welche der Gesetzgeber nicht etwas Besonderes festgesetzt hat. Der gegenwärtige §. redet offenbar nur von einer völlig bestimmten Sache; daher kann auch der e contrario gezogene Schluß nur von einer solchen Sache gelten; es kann somit auch die Frage, die eigentlich hier beantwortet werden soll, ob der Ausspruch des gegenwärtigen §. auch auf eine Gattungssache anzuwenden sey, nicht wieder aus dem gegenwärtigen §. selbst beantwortet werden. — Man könnte sich höchstens hier auf die Analogie berufen. Die Anwendung der Analogie setzt aber die Aehnlichkeit der Rechtsfälle voraus, und diese Aehnlichkeit muß vorzüglich aus den Gründen hervorleuchten, auf welche die Entscheidung des einen Rechtsfalles beruht, welche auch auf den anderen Rechtsfall bezogen werden soll. Nun wurde in dem Raisonnement der Gegner gleich anfänglich

gezeigt, daß die Gründe, welche für den in dem gegenwärtigen §. ausgedrückten Fall sprechen, für den in Frage stehenden keineswegs das Wort reden. Der §. 915 handelt nur von der Auslegung eines zweifelhaften Vertrages, und kann folglich nicht auch da angewendet werden, wo es sich um Begründung einer Ausnahme von einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift handelt.

Indessen finde ich mich aus der folgenden Ansicht bewogen, der Meinung des Herrn Professors Helfert beyzutreten. — Der Schenkungsvertrag setzt, als Gegenstand desselben, eine völlig bestimmte Sache oder Summe voraus. Dieses ergibt sich nicht nur aus dem Sinne der §§. 938, 939, 945, 947 u. 952, sondern aus dem gemeinen Sprachgebrauche selbst, welcher in der Regel auch bey gesetzlichen Bestimmungen vor Augen zu halten ist (§. 6). Man wird nun von demjenigen, der einem Andern ein Pferd überhaupt, ohne nähere Bestimmung, in das Eigenthum unentgeldlich zu überlassen verspricht, nicht sagen, daß er diesem ein Pferd geschenkt habe, — sondern, daß er ein Pferd zu schenken versprochen habe. — Die Erklärung, Jemanden eine Sache, die nur ihrer Gattung nach bestimmt ist, unentgeldlich in das Eigenthum zu überlassen, ist sohin keine eigentliche Schenkung, sondern nur ein Vertrag, künftig einen Schenkungsvertrag schließen zu wollen. Wird dann in Folge dieses vorbereitenden Vertrages wirklich eine Sache dieser Gattung übergeben, oder das Individuum mit Einstimmung beyder Theile bestimmt, welches übergeben werden soll, so entsteht erst der wahre Schenkungsvertrag. — Durch diesen in der Folge wirklich abgeschlossenen Schenkungsvertrag hat der Promittent dasjenige erfüllt, zu was er sich in diesem vorläufigen Vertrage anheischig gemacht hat; die aus selbem hervorgehende Verbindlichkeit wird daher aufgelöset (1412), und es bleiben für ihn keine anderen Verpflichtungen übrig, als die aus dem Schenkungsvertrage selbst hervorgehen.

6) Aus dem Schenkungsvertrage ist aber der Geschenkgeber, nach dem Inhalte des gegenwärtigen §., nur dann zu einer Haftung verpflichtet, wenn er wissentlich eine Sache verschenkt hat, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt. Diese

Haftung dehnt sich aber nicht auf den Ersatz der geschenkten Sache aus, sondern beschränkt sich auf die Vergütung des wirklichen Schadens, den der Geschenknehmer wegen den Folgen der Entwährung aus seinem Vermögen leidet, indem er z. B. auf die Herstellung oder Verbesserung der Sache einen Aufwand, den ihm der Eigenthümer zu ersetzen nicht schuldig wäre (§§. 331 u. 332), gemacht hätte.

7) Der gegenwärtige §. redet eigentlich nur von einer fremden Sache. Das gallizische Gesetzbuch, als Entwurf des gegenwärtigen, sagt aber (III. §. 62): „Wer ein fremdes Gut oder eine gefährliche Sache, z. B. einen wüthenden Hund wissentlich verschenkt, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, haftet für die nachtheiligen Folgen. Wer redlicher Weise ein solches Geschenk macht, wie es im Zweifel vermuthet wird, ist für nichts verantwortlich." — Dadurch, daß das gegenwärtige Gesetzbuch den Beysatz: „oder eine gefährliche Sache," nicht aufgenommen hat, hat es, nach meiner Ueberzeugung, diesen Fall aus den allgemeinen Bestimmungen über Schadenersatz nicht ausschließen wollen. — Herr Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentare, daß das nähmliche auch von einer dem Beschenkten schädlich gewordenen Sache gelte; und da derselbe diese Behauptung durch die Berufung auf den §. 1295 begründet, so scheint er selbst der Meinung zu seyn, daß dießfalls die allgemeinen Bestimmungen über den Schadenersatz in Anwendung zu treten haben.

8) Welche Rechte dem Schenker einer Sache, worauf Schulden haften, in dem Falle gegen den Geschenknehmen zustehen, als sich die Gläubiger an ihn selbst, als Personalschuldner, und nicht an die verhaftete Sache halten, ist bereits bey Erläuterung des §. 443 Nr. 2 vorgekommen.

§. 946.

Unwiderruflichkeit der Schenkungen.

Schenkungsverträge dürfen in der Regel nicht widerrufen werden.

1) Auf ein mit der Uebergabe begleitetes Geschenk erhält der Beschenkte das Eigenthum, auf eine bloß schriftlich gemachte Schenkung aber ein persönliches Klagerecht (§. 943). Daß dieses dem Beschenkten ein Mahl eingeräumte und sohin bereits in dessen Rechtssphäre übergetretene Recht nicht willkührlich demselben mehr entzogen werden könne, ist eine schon in dem natürlichen Privatrechte gegründete Wahrheit. Der österreichische Gesetzgeber fand sich aber veranlaßt diese Regel auch positiv auszusprechen, weil neuere positive Gesetzgebungen aus politischen Grundsätzen von den naturrechtlichen Principien abweichend dem Geschenkgeber, wenigstens noch für eine bestimmte Zeit auch nach bereits eingehändigtem Geschenke, das Recht einräumten, das Geschenk willkührlich zu widerrufen [1]). Da auf einer Seite ohnehin durch das Gesetz gesorgt ist, daß Schenkungen nicht übereilt geschehen, und da auf der anderen Seite durch selbe in dem Geschenknehmer Erwartungen erregt werden, worin der Beschenkte, welcher darnach oft nicht unwichtige Maßregeln nimmt, nicht getäuscht werden soll, so fand sich der österreichische Gesetzgeber bewogen, diesem Beyspiele nicht beyzutreten, sondern sich hier mehr an die naturrechtlichen Principien anzuschließen.

2) Allein, da Schenkungen, wobey der andere Theil gewöhnlich nur zu gewinnen und nichts zu verlieren hat, ihrer Natur nach eine günstigere Auslegung und Vermuthung für den Geschenkgeber zulassen (§. 915); da ferner dieselben in Vergleichung mit den Tauschverträgen für den allgemeinen Verkehr bey weitem nicht so erheblich sind, und oft mit Pflichten, deren Erfüllung die öffentliche Verwaltung mit Recht für wichtiger hält, in Widerstreit gerathen; so hat auch der österreichische Gesetzgeber die Unwiderruflichkeit der Schenkung nur zur Regel gemacht, und nachfolgende sechs Ausnahmsfälle aufgestellt, in welchen Schenkungen ganz oder theilweise widerrufen werden können [2]).

---

1) Siehe preußisches Landrecht I. Th., 11. Tit., §. 1090.

2) Vergleiche den Commentar des Herrn Hofrathes v. Zeiller.

§. 947.

Ausnahmen: 1) wegen Dürftigkeit.

Geräth der Geschenkgeber in der Folge in solche Dürftigkeit, daß es ihm an dem nöthigen Unterhalte gebricht; so ist er befugt, jährlich von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, in so weit die geschenkte Sache oder derselben Werth noch vorhanden ist, und ihm der nöthige Unterhalt mangelt, von dem Beschenkten zu fordern, wenn sich anders dieser nicht selbst in gleich dürftigen Umständen befindet. Aus mehreren Geschenknehmern ist der frühere nur in so weit verbunden, als die Beyträge der späteren zum Unterhalte nicht zureichen.

1) Es kann unmöglich verkannt werden, daß sich diese gesetzliche Vorschrift auf die höchste Billigkeit gründe. — Indessen geht das Gesetz dabey mit großer Mäßigung vor; denn damit die Vorschrift des gegenwärtigen §. in Anwendung trete, und der Geschenknehmer zu einer Leistung gegen den Geschenkgeber verhalten werden könne, wird erfordert: a) daß es dem Wohlthäter an dem nothwendigen Unterhalte gebreche. Mangelt ihm bloß der anständige Unterhalt, oder ist er wenigstens fähig, sich den nothwendigen Unterhalt selbst zu erwerben, so kann der Geschenknehmer zu keiner Leistung verhalten werden. b) Darf sich der Beschenkte nicht in gleich dürftigen Umständen befinden.

2) Aber selbst unter obigen Voraussetzungen ist der Geschenkgeber nicht berechtiget, den ganzen nöthigen Unterhalt, sondern nur die gesetzlichen Zinsen, nähmlich vier von Hundert (§. 995) von dem Hauptstamme des Geschenkes, es mag im Gelde, in beweglichen oder unbeweglichen Sachen bestehen, zu fordern. — Diese Zinsen können auch nur nach Ablauf eines Jahres von dem Zeitpuncte an, als der Geschenkgeber in diese Dürftigkeit gerathen ist, gerechnet, und dann weiters fort gefordert werden (§. 997). Auch der Werth der geschenk-

ten Sache ist in der Regel nach diesem Zeitpuncte zu beurtheilen; eine Ausnahme wäre, wenn der Geschenkgeber solche Verbesserungen angebracht hätte, wodurch der ursprüngliche Werth erhöht worden ist; denn der gegenwärtige §. sagt: „in so weit die geschenkte Sache oder deren Werth noch vorhanden ist." Dadurch ist deutlich angezeigt, daß von dem seither erhöhten Werthe der Sache keine Zinsen entrichtet werden dürfen. — Reichten die Zinsen zum Unterhalte nicht zu, so kann der Beschenkte zu einer mehreren Leistung nicht verhalten werden. Auch kann der Geschenkgeber aus den gesetzlichen Zinsen keinen größeren Beytrag fordern, als ihm zur Bestreitung des nöthigen Unterhaltes mangelt. Dieses Recht ist auf die Person des Geschenkgebers eingeschränkt; denn nur seine Dürftigkeit kann hier zum Maßstabe der Leistung angenommen werden.

3) Der Beschenkte ist aber zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit nur in so weit verpflichtet, als er die geschenkte Sache in natura oder dem Werthe nach noch besitzt, indem er nähmlich des empfangenen Geschenkes wegen mehr hat, als er ohne dasselbe haben würde. — Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß der Umstand, ob und was derselbe von dem Geschenke zurückgelegt habe, oft schwer auf andere Art als durch den Offenbarungseid zu erheben seyn dürfte. — Allein ich glaube, daß der Beschenkte hier zur Ablegung des Offenbarungseides und zwar aus zwey Gründen nicht verhalten werden könne; denn der §. 219 der G. O. sagt: „Wenn Jemand schuldig ist, ein Vermögen oder Schulden anzugeben, so soll er auf Begehren die Richtigkeit seiner Angabe beschwören." Damit nun Jemand zur Ablegung des Offenbarungseides verhalten werden könne, muß ein besonderer Verpflichtungsgrund vorhanden seyn, sein Vermögen anzugeben; dieser ist aber hier nicht vorhanden. — Auch handelt es sich hier nicht um die Angabe, welches Vermögen der Beschenkte besitze, sondern in wie fern dieses Vermögen von dem gegebenen Geschenke herrühre? — eine Frage, die sich im Falle das Geschenk nicht mehr in natura vorhanden ist, der Beschenkte wohl schwerlich selbst zu beantworten im Stande seyn wird. Meine Ansicht über die-

sen Gegenstand ist folgende: „Wer einem Andern ein Geschenk macht, vergrößert eben dadurch auch die Eigenthumsmasse des Beschenkten gerade um so viel, als der Werth des Geschenkes beträgt. Jede Veränderung des Zustandes nun, in welchem der Geschenkgeber den Geschenknehmer durch seine Gabe gesetzt hat, muß von demjenigen erwiesen werden, der sich darauf beruft. Es liegt daher nicht dem Geschenkgeber ob, zu beweisen, daß der Werth des Geschenkes, oder in wie weit noch vorhanden sey, — sondern es ruht die Last des Beweises, daß er den Werth des Geschenkes nicht mehr besitze, auf dem Geschenknehmer.

4) Was der Beschenkte entbehren kann, ohne sich den nöthigen Unterhalt zu entziehen, muß er ohne Zweifel an den Geschenkgeber abführen. Doch ist dieses nur von den Zinsen des geschenkten Betrages zu verstehen; der Beschenkte kann, nach meiner Ueberzeugung, nicht gezwungen werden, so viel an den Geschenkgeber abzugeben, daß er zur Bestreitung seines eigenen nöthigen Unterhaltes den Hauptstamm angreifen müßte; — denn mit der Zeit würde der Beschenkte dadurch nothwendig in den Nothstand versetzt werden, was nach der klaren Absicht des Gesetzgebers nicht geschehen soll [1]). — Uebrigens kann es, da das Recht auf den geschenkten Betrag gerichtet ist, keinem Zweifel unterliegen, daß es auch gegen die Erben des Beschenkten, in so weit sie sich im Besitze desselben befinden, ausgeübt werden könne, und es frägt sich hier nur, ob die eigene Dürftigkeit der Erben hier in Beachtung zu nehmen sey? — welche Frage um so mehr verneinend beantwortet werden zu müssen scheint, als der §. nur von der Dürftigkeit des Beschenkten spricht, das Recht derselben daher eben so persönlich ist, wie das Recht des Geschenkgebers, welches gleichfalls auf seine Erben nicht übergeht (Nr. 2).

5) Mehrere gleichzeitig Beschenkte tragen außer dem Falle der Dürftigkeit des einen oder andern nach Maß ihres Empfanges und Besitzes bey. Aus denen, welche allmählich beschenkt worden sind, haften die späteren vor den früheren, weil zu

1) Einer anderen Meinung scheint Herr Hofrath v. Zeller zu seyn. Siehe seinen Commentar zu diesen §. Nr. 5.

vermuthen ist, daß der Geschenkgeber erst durch die späteren Geschenke in die Dürftigkeit versetzt worden sey. Zwischen den Arten der Geschenke selbst, ob sie remuneratorische seyn oder nicht, wird kein Unterschied gemacht.

§. 948.

2) Undank.

Wenn der Beschenkte sich gegen seinen Wohlthäter eines groben Undankes schuldig macht, kann die Schenkung widerrufen werden. Unter grobem Undanke wird eine Verletzung am Leibe, an Ehre, an Freyheit oder am Vermögen verstanden, welche von der Art ist, daß gegen den Verletzer von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach dem Strafgesetze verfahren werden kann.

1) Auch für die Anordnung, daß eine Schenkung wegen groben Undankes, den sich der Beschenkte zu Schulden kommen läßt, widerrufen werden könne, spricht die Stimme der höchsten Billigkeit. — Um jedoch den Begriff des groben Undankes nicht von Privat-Ansichten abhängig zu machen, hat der Gesetzgeber zugleich festgesetzet, was unter diesem Ausdrucke zu verstehen sey; und man sieht aus der Erklärung des Gesetzes, daß selber der in §. 540 ausgesprochenen Erbunwürdigkeits-Ursache beynahe gleich komme. Ich sage beynahe; denn es wurde schon bey Erläuterung dieses eben erwähnten §. darauf aufmerksam gemacht, daß auch Verletzungen an der Freyheit unter groben Undank gerechnet werden, während derselben bey der Erbunwürdigkeit keine ausdrückliche Erwähnung gemacht wurde.

2) Dagegen hat der Gesetzgeber hier den bloßen Versuch solcher Verletzungen, den er in dem §. 540 ausdrücklich unter die Erbunwürdigkeits-Ursachen aufgezählet hat, nicht ausdrücklich benannt. Da jedoch das Strafgesetzbuch [1]) die Regel

1) 1. Th. §. 7, und 2. Th. §. 6.

aufstellet, daß schon der Versuch einer solchen Uebelthat eben so zu behandeln sey, wie die vollbrachte Uebelthat selbst, so scheint kein Zweifel, daß auch hier der bloße Versuch solcher Uebertretungen als ein grober Undank angesehen werden müsse.

§. 949.

Der Undank macht den Undankbaren für seine Person zum unredlichen Besitzer, und gibt selbst dem Erben des Verletzten, in so fern der letztere den Undank nicht verziehen hat, und noch etwas von dem Geschenke oder Naturwerthe vorhanden ist, ein Recht zur Widerrufungsklage auch gegen den Erben des Verletzers.

1) Grober Undank (§. 948) berechtiget den Schenkenden und dessen Erben zum Widerrufe des ganzen, entweder bloß schriftlich verheißenen oder auch schon übergebenen Geschenkes, in so fern davon noch etwas bey dem Beschenkten oder auch bey den Erben des beschenkten Verletzers vorhanden ist. Wider einen dritten Besitzer der geschenkten Sache kann dieses persönliche Recht nicht ausgeübt werden. Wenn einer Gesellschaft etwas geschenkt worden, so kann das Geschenk wegen eines Undankes, dessen sich die Vorsteher oder einige der Mitglieder für ihre Person schuldig gemacht haben, den übrigen Mitgliedern nicht zum Schaden gereichen; der Schenkende kann aber ohne Zweifel den Beleidigern, für ihre Person, diejenigen Vortheile entziehen, welche sie sonst aus der Schenkung würden genossen haben; — denn eine Gesellschaft unterliegt als solche dem Strafgesetze nicht, sondern nur die einzelnen Glieder derselben. — Sie kann daher auch im Sinne des §. 948 keinen groben Undank begehren.

2) Ueberdieß macht der Undank den Undankbaren *für seine Person* zum unredlichen Besitzer. Der Recensent des österreichischen Gesetzbuches in der Leipziger-Literatur-Zeitung [1])

1) Nr. 5. 8. Jänner 1813.

stellt hier die Frage: Von welcher Zeit an? — Beginnt die Unredlichkeit des Besitzers erst mit dem Widerrufe der Schenkung, weil die Schenkung erst dadurch ihre Kraft verliert? — oder wirkt der Undank bis zur Zeit der Handlung, die ihn in sich faßt, oder gar bis zur Zeit der Schenkung selbst hinauf? — Der Herr Herausgeber der Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten beantwortet in dem ersten Bande seiner vortrefflichen Zeitschrift S. 197 diese Frage dahin: „Der §. 949 sagt deutlich, daß der Undank, also die undankbare Handlung, so bald sie begangen worden ist, den Undankbaren zum unredlichen Besitzer mache. Mit diesem stimmt auch der Commentar des Herrn Hofrathes v. Zeiller überein. Ohne Zweifel ist der österreichische Gesetzgeber bey Feststellung der Bestimmungen über den Widerruf der Schenkung wegen Undank den Anordnungen des preußischen Landrechtes der Hauptsache nach gefolgt; dieses enthält die ausdrückliche Bestimmung [1]): „Nur in dem Falle eines Widerrufs wegen Undanks überkommt der Geschenknehmer von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit alle Pflichten und Lasten eines unredlichen Besitzers."

Man könnte zwar dagegen einwenden, daß die Schenkung durch den begangenen Undank nicht ipso facto für widerrufen angesehen werde, sondern das Gesetz §. 948 dem Geschenkgeber auch in diesem Falle nur das Recht einräume, die Schenkung zu widerrufen, daß daher auch der Geschenknehmer sein Recht auf die geschenkte Sache in so lange fortbehalte, bis von Seite des Geschenkgebers dieser Widerruf erfolgt, und es daher als eine Unzukömmlichkeit erscheine, wenn der Geschenknehmer auch für jene Periode als unredlicher Besitzer behandelt werden soll, in welcher er noch Eigenthümer der geschenkten Sache war, und für ihn nicht einmahl noch eine Verpflichtung existirte, die geschenkte Sache dem Geschenkgeber zu extradiren. — Allein wenn man bedenkt, daß von dem Augenblicke der begangenen undankbaren Handlung für den Geschenkgeber das Recht entstehe, die geschenkte Sache von dem Geschenknehmer zurückzu-

1) I. Th. 11. Titel §. 1167.

fordern, so verschwindet diese scheinbare Unzukömmlichkeit; — denn eben darum, weil von dem Augenblicke des begangenen Undankes für den Geschenkgeber das Recht entsteht, die geschenkte Sache zurückzufordern, hört sich auch in eben diesem Momente das frühere Recht des Beschenkten auf diese Sache auf, und es lebt nur dann wieder auf, wenn der Geschenkgeber binnen der gesetzlichen Verjährungszeit von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat. Das Recht des Geschenknehmers, die geschenkte Sache auch nach begangenem Undanke fortan als Eigenthümer zu behalten, ist von dem Nichtgebrauche des Rechtes des Geschenkgebers abhängig gemacht; macht nun der Geschenkgeber in der Folge binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist wirklich von seinem Rechte Gebrauch, so zeigt es sich, daß der Beschenkte von diesem Zeitpuncte an kein Recht mehr hatte, die geschenkte Sache als Eigenthum zu behandeln. — Bey der Ungewißheit, ob der Geschenkgeber von dem eingeräumten Rechte Gebrauch machen werde oder nicht, muß der Geschenknehmer vielmehr die Sache von dem Zeitpuncte des dem ersteren erwachsenen Rechtes als ein fremdes Eigenthum ansehen, und kann sich nur als Verwahrer derselben betrachten.

3) Indessen bin ich doch der Meinung, daß der undankbare Geschenknehmer, bevor das Geschenk wirklich widerrufen wird, nicht auch für den Zufall zu haften habe, der die Sache bey dem Geschenkgeber nicht getroffen hätte; denn wenn derselbe auch von dem Momente des begangenen Undankes sich nicht als Eigenthümer der Sache mehr ansehen kann, so hat er doch noch in so lange keine Verpflichtung zur Zurückstellung der Sache, bis nicht von Seite des Geschenkgebers der Widerruf wirklich erfolgt. — Der Besitz begreift nähmlich zweyerley in sich; nähmlich a) die Innehabung der Sache und b) den Willen, die Sache als die seinige zu behalten. Was die Innehabung anbelangt, so ist dem Geschenknehmer dieselbe ja selbst von dem Eigenthümer durch die Uebergabe des Geschenkes eingeräumt worden, und sie fängt auch erst dann an widerrechtlich zu werden, wenn der Beschenkte dem Geschenkgeber die Uebergabe der Sache verweigern würde; er kann daher vor dem Widerrufe

nicht für den zufälligen Schaden verantwortlich seyn, der nur durch seine Innehabung veranlaßt wird; was aber b) den Willen betrifft, so kann der Erstere, wie schon vorne bemerkt wurde, die Sache von dem Augenblicke des begangenen Undankes an nicht mehr als die seinige ansehen und behandeln. Er kann sich also auch von diesem Augenblicke an keine Vortheile mehr von der Sache zueignen, und hat von diesem Zeitpuncte an allem durch sein Verschulden entstandenen Schaden zu vergüten. — Zur Unterstützung des Gesagten berufe ich mich auf den §. 338. Auch hier befiehlt der Gesetzgeber, daß der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird, gleich einem unredlichen Besitzer, und zwar von dem Zeitpuncte der ihm zugestellten Klage, zu behandeln sey; fügt aber ausdrücklich bey, daß er für den Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle hafte, als er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert (folglich seine Innehabung widerrechtlich verlängert) hat.

4) Das Recht des Geschenkgebers kann noch vor Ablauf der Verjährungszeit erlöschen, wenn er nähmlich die Verletzung ausdrücklich oder stillschweigend durch solche Handlungen, welche keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen, verziehen hat (§. 860). Eine vorläufige Entsagung wäre, weil sie zur Gesetzes-Uebertretung einladet, unwirksam (§. 933 Nr. 2).

§. 950.

3) Verkürzung des schuldigen Unterhaltes.

Wer Jemanden den Unterhalt zu reichen schuldig ist, kann dessen Recht durch Beschenkung eines Dritten nicht verletzen. Der auf solche Art Verkürzte ist befugt, den Beschenkten um die Ergänzung desjenigen zu belangen, was ihm der Schenkende nun nicht mehr zu leisten vermag. Bey mehreren Geschenknehmern ist die obige (§. 947) Vorschrift anzuwenden.

1) Das Gesetz gestattet den Widerruf auch anderen Personen, in so fern dadurch ihren, für wichtiger erkannten Rechten, zu nahe getreten wird. Unter diese Personen gehören zuvörderst diejenigen, welchen der Schenkende einen Unterhalt abzureichen schuldig ist. Das Gesetz unterscheidet hier nicht, ob ihnen der Unterhalt unmittelbar aus einem Gesetze (§§. 91, 141, 154 u. 166), oder aus einem letzten Willen (§. 672), oder einem Vertrage gebühret.

2) Das Gesetz erkennt diesen Personen ein Klagerecht gegen den Beschenkten nur in so fern zu, als sie durch die Schenkung selbst in ihrer Unterhalts-Forderung beeinträchtiget worden sind; dieses Klagerecht ist also nur gegen denjenigen gerichtet, welcher von dem Geschenkgeber n a c h bereits übernommener Unterhalts-Verpflichtung beschenkt worden ist, und zwar nur in so fern ihm der Verpflichtete, auch mit Aufopferung des Hauptstammes seines Vermögens, und nur in so lange, als er ihm den Unterhalt zu verschaffen unvermögend ist. Aus mehreren Beschenkten haften auch in diesem Falle die späteren vor den früheren.

3) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt am Schlusse, daß auch hier gleiche Dürftigkeit des Beschenkten von dem Widerrufe frey spreche. — Allein diese Behauptung bedarf einer näheren Untersuchung. Der gegenwärtige §. bezieht sich zwar auf den §. 947, welcher diesen Grundsatz ausspricht. — Allein er bezieht sich auf diesen §. nur in so weit, als derselbe auch die Frage entscheidet, was in dem Falle Rechtens sey, wenn mehrere Geschenknehmer vorhanden sind, und es kann daher aus dieser Citation nicht die allgemeine Folgerung gezogen werden, daß hier alles dasjenige zu gelten habe, was in demselben für den dort berührten Fall ausgesprochen ist. — Ich glaube daher auch der Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller um so weniger beytreten zu können, als ich der Meinung bin, daß zwischen dem im §. 947 berührten Falle und dem gegenwärtigen ein wesentlicher Unterschied obwalte. — Der §. 947 räumt dem Geschenkgeber selbst, der sich doch wegen seiner freywilligen Handlung in seinen Rechten nicht verletzt finden kann, das Recht des Widerrufes ein; es scheint daher auch ganz natürlich, daß der Gesetzgeber diese

dem Geschenkgeber eingeräumte Begünstigung nur auf den Fall beschränke, wenn der Geschenknehmer sich nicht in gleich dürftigen Umständen befindet. — In dem gegenwärtigen §. dagegen räumt der Gesetzgeber das Recht des Widerrufes demjenigen ein, der durch die Schenkung wirklich an seinem Rechte verletzt worden ist. — Hier ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, der schon früher ein Recht auf eine Leistung des Geschenkgebers erworben hat, demjenigen nachstehen solle, dem von Seite des Geschenkgebers erst später ein Recht eingeräumt worden ist. — Wenn dem Beschenkten das Recht, sich von dem Widerrufe der Schenkung durch die Einwendung gleicher Dürftigkeit zu befreyen, in dem Falle des gegenwärtigen §. zugesprochen werden würde, so müßte man demselben auch dieses Recht in den Fällen der §§. 951 u. 953 zuerkennen, indem derjenige, welcher von dem Geschenkgeber den Unterhalt anzusprechen berechtigt ist, doch kein schwächeres Recht, als ein anderer Gläubiger hat. — Ueberdieß setzt der gegenwärtige §. den Fall der Dürftigkeit von Seite des Widerrufenden gar nicht voraus, da man Jemanden einen Unterhalt zu reichen schuldig seyn kann, ohne daß sich dieser deßwegen in dürftigen Umständen befinden müsse. — Es mangelt daher auch in dieser Beziehung die Aehnlichkeit zwischen der Vorschrift des gegenwärtigen §. und der des §. 947.

§. 951.

4) wegen Verkürzung des Pflichttheiles.

Wer zur Zeit der Schenkung Abstämmlinge hat, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, kann zu ihrem Nachtheile keine Schenkung machen, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt. Hat er dieses Maß überschritten, und können diese Abstämmlinge nach seinem Tode beweisen, daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht erreiche; so

können sie von dem Beschenkten das gesetzwidrig empfangene Uebermaß verhältnißmäßig zurückfordern.

1) Eine der oben erwähnten (§. 950) ähnliche Vorsehung trifft das Gesetz in Ansehung des Pflichttheiles der Kinder. Der Pflichttheil ist, ohne Rücksicht auf die Zahl der Kinder, die Hälfte des Vermögens; kann aber erst nach dem Ableben des Erblassers gefordert werden. — Damit also eine Schenkung für pflichtwidrig erklärt werden könne, muß sie schon in ihrer Entstehung, durch Ueberschreitung des angeführten Maßes, pflichtwidrig gewesen, und beym Ableben des Erblassers pflichtwidrig geblieben seyn. Den Aeltern wird ein solcher Widerruf nicht zugestanden [1]).

2) Wer also behauptet, daß ein Ascendent den Pflichttheil der Descendenten durch eine Schenkung verletzt habe, muß zweyerley erweisen: a) daß der Betrag der Schenkung die Hälfte des Vermögens übersteige, welches der Schenker zur Zeit der gemachten Schenkung besaß, und b) daß der bey dem Todfalle desselben vorhandene reine Nachlaß dem Betrage der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht gleich komme, viel weniger denselben übersteige; — denn hat gleich anfänglich die Schenkung nicht so viel, als die Hälfte des Vermögens ausgemacht, so kann sie nicht pflichtwidrig genannt werden, wenn auch in der Folge das Vermögen durch Zufälle so herab gesunken ist, daß der reine Nachlaß des Geschenkgebers nicht mehr so viel beträgt, als dasjenige, was er weggeschenkt hat; und eine Handlung, die ursprünglich nicht pflichtwidrig war, kann es auch nicht in der Folge werden. Wohl aber kann eine Handlung, welche ursprünglich pflichtwidrig war, in der Folge aufhören, pflichtwidrig zu seyn, wenn nähmlich bis zu der Zeit, wo diese Handlung eigentlich ihre widrigen Folgen äußert, wieder die gehörige Ausgleichung getroffen ist.

3) Es entsteht hier die Frage: ob die Anordnung des gegenwärtigen §. nur eine einzige Schenkung voraussetze, oder auch

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

auf allmählig gegebene Geschenke sich ausdehne? — In dem Falle, als zur Umgehung des Gesetzes, statt einer beträchtlichen pflichtwidrigen Schenkung mehrere wiederhohlte, einzeln betrachtet, zwar minder beträchtliche, im Ganzen aber das gesetzliche Maß überschreitende Geschenke gegeben würden, ist kein Zweifel, daß sie als Scheinhandlungen nach dem echten Geiste des Gesetzes beurtheilt werden müßten. Wird aber dabey die Umgehung des Gesetzes nicht beabsichtiget, so scheint eine Verletzung des Pflichttheiles nach dem Gesetze nicht einzutreten, sie wäre auch in den meisten Fällen zu erweisen unmöglich.

4) In dem Falle, als die Descendenten wirklich durch eine solche pflichtwidrige Schenkung verletzt würden, stünde ihnen, wie bereits oben Nr. 2 bemerkt worden ist, das Recht zu, nach dem Tode des Geschenkgebers gegen die Beschenkten Klage zu führen. Diese Klage kann sich aber keineswegs dahin ausdehnen, die ganze Schenkung als ungültig anzufechten, sondern nur das gesetzwidrige Uebermaß der Schenkung zurück zu fordern. — Worin besteht aber das gesetzwidrige Uebermaß? — Ohne Zweifel in demjenigen Betrage, welchen der Geschenkgeber über die Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens hiervon gegeben hat, vorausgesetzt, daß sich sein Vermögen bis zu seinem Todestage nicht vermehrte. — Hätte daher z. B. der Erblasser zur Zeit der gemachten Schenkung 12,000 fl. besessen, und hiervon 8000 fl. weggeschenkt, zur Zeit seines Todes aber noch die vollen 4000 fl., welche ihm nach der gemachten Schenkung übrig geblieben sind, aber auch nicht mehr, hinterlassen, so betrüge das gesetzwidrige Uebermaß gerade 2000 fl. Hätte dagegen derselbe 5000 fl. hinterlassen, so würde dasselbe lediglich in 1000 fl. bestehen; denn hätte er 6000 fl. hinterlassen, so würde gar keine Klage Statt haben, weil die Descendenten des Erblassers sich nur dann über eine Verletzung beschweren können, wenn der reine Nachlaß des letzteren den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht erreicht. — Die Notherben erscheinen daher im vorliegenden Falle nur um 1000 fl. beeinträchtiget. Hat er dagegen weniger als 4000 fl. hinterlassen, so sind die Geschenknehmer doch nie mehr

als 2000 fl. zurückzuersetzen schuldig; denn der Geschenkgeber war berechtigt, bis zur Hälfte seines Vermögens, das er zur Zeit der Schenkung besaß, Geschenke zu machen, und hätte der Erblasser dieses Maß nicht überschritten, so wären die Geschenknehmer für nichts verantwortlich, wenn auch in der Zwischenzeit das Vermögen des Ersteren so zusammen geschmolzen wäre, daß keine reine Verlassenschaft mehr erübrigte; sie können daher auch in dem gesetzten Falle nur um jenen Betrag angegangen werden, um welchen der Geschenkgeber sein Befugniß überschritten hat.

5) Es frägt sich hier weiter, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Erblasser außerdem, daß er seine Notherben schon durch eine pflichtwidrige Schenkung verkürzet hat, noch überdieß Vermächtnisse anordnete, welche den reinen Nachlaß verringern, oder wohl gar noch einen anderen Miterben einsetzet? — Manche glauben, daß eine solche Disposition ganz ungültig sey, und es mangelt wohl nicht an gewichthältigen Gründen, diese Meinung zu vertheidigen. Hat der Erblasser bereits durch eine Schenkung den Pflichttheil der Kinder verletzt, wie kann er noch rechtlicher Weise eine letztwillige Disposition zu Gunsten eines Dritten machen? — Zwar können die Kinder diese pflichtwidrige Schenkung anfechten, aber nicht weiter, als diese Verletzung selbst reichet; was also über dieselbe noch hinausgeht, muß gleichfalls als eine neuerliche Verletzung desselben angesehen werden. — Allein da vermög des §. 765 der Pflichttheil eines Kindes in der Hälfte desjenigen besteht, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen seyn würde; so folgt daraus, daß nach strenger juridischer Consequenz des Begriffes eine Verletzung des Pflichttheiles durch eine Verfügung unter Lebenden gar nicht möglich wäre. — Aber die Betrachtung, daß das Recht der Kinder, welches sie auf das Vermögen ihrer Aeltern haben, auch durch übermäßige Freygebigkeit gegen Fremde schon bey Lebzeiten der Aeltern ganz und gar unwirksam gemacht werden könnte, hat ohne Zweifel den Gesetzgeber veranlaßt, dieser Freygebigkeit solche Schranken zu setzen, daß den Kindern, dem ordentlichen Laufe

der Dinge nach, wenigstens ein Theil nach dem Tode ihrer Aeltern übrig bleiben müsse. Diesen Zweck sucht daher der höchste Gesetzgeber durch die Anordnung des gegenwärtigen §. zu erreichen, ohne deßhalb an dem §. 765 eine wesentliche Aenderung treffen zu wollen. — Es steht daher dem Erblasser nichts im Wege, die Hälfte seines Vermögens bey seinen Lebzeiten zu verschenken, und überdieß noch über die Hälfte seines Nachlasses zu disponiren. — Wer das Gegentheil behauptet, muß auch annehmen, daß bey Bemessung des Pflichttheiles die von dem Erblasser bey Lebzeiten gemachten Geschenke zur Masse hinzu gerechnet werden müssen, welches nicht nur allein der Anordnung des §. 784 entgegen läuft, sondern auch gegen den §. 788 streitet, welcher Geschenke nicht einmahl unter die Anrechnungsposten aufgenommen hat. — Es steht daher auch nichts im Wege, daß der Erblasser denjenigen, welche er bereits selbst über das vorgeschriebene Maß mit Geschenken betheilte, auch noch durch seine letztwillige Verfügung einen Theil seines Nachlasses widmen könne; nur muß ihnen in diesem Falle dadurch die Schenkung erhaltene gesetzwidrige Uebermaß an ihrem Vermächtnisse oder Erbtheil abgerechnet werden.

6) Eine weitere Frage aber entsteht hier, ob bey Beurtheilung der Pflichtwidrigkeit einer Schenkung nicht auch die im §. 788 benannten Gaben in Anschlag gebracht werden müssen? — Für die bejahende Beantwortung dieser Frage hat sich Herr Hofrath v. Zeiller erklärt, und es scheint auch, daß diese Ansicht die richtige sey, da wir bey Annahme des Gegentheils auf Resultate gelangen, deren Weisheit zu vertheidigen schwer halten würde [1]). Der Inhalt des gegenwärtigen §. setzt offenbar voraus, daß bey Absterben des Geschenkgebers die Notherben noch den vollen Pflichttheil zu fordern haben; denn setzen wir den Fall, daß alle Notherben bereits rechtsgültig auf den Pflichttheil Verzicht geleistet hätten — wie könnten sie wohl in einem solchen Falle die Schenkung anfechten? Was von der Verzichtleistung auf das Ganze gilt, muß auch verhältnißmäßig

1) Man sehe meine Abhandlung über den Pflichttheil §. 23.

von der theilweisen gelten; wenn daher z. B. ein Notherbe nicht im Allgemeinen, sondern zu Gunsten der freyeren Verfügung des Erblassers auf seinen Pflichttheil Verzicht geleistet hat, so kann doch kein Anstand obwalten, daß derselbe außer jenem Betrage, welcher ihm nach dem Gesetze ohnehin zur Disposition frey stehet, auch noch über jenen Betrag, auf den zu seinen Gunsten Verzicht geleistet worden ist, nach Willkühr verfügen könne. — Es liegt aber in der Natur der Sache selbst, daß derjenige Notherbe, welcher bereits eine zur Anrechnung in den Pflichttheil geeignete Gabe erhalten hat, seiner Zeit auf die Einhändigung des vollen Pflichttheiles Verzicht leisten, folglich sich einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen müsse.

§. 952.

Besitzt der Beschenkte die geschenkte Sache oder ihren Werth nicht mehr; so haftet er nur in so fern, als er sie unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen hat.

Die Verbindlichkeit des Beschenkten oder seiner Erben, das gesetzwidrig empfangene Uebermaß zurückzustellen, ist ohne Zweifel dann vorhanden, wenn der geschenkte Gegenstand in natura oder im Werthe noch vorhanden ist. Aber auch dann, wenn er oder sie die geschenkte Sache unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen haben, sind sie zur Zurückstellung des gesetzwidrigen Uebermaßes verpflichtet, wenn sie auch das Geschenk oder dessen Werth nicht mehr besitzen sollten. — Haben sie zur Zeit der erhobenen Klage nur einen Theil des Geschenkes oder dessen Werthes im Besitze, so kömmt es hauptsächlich auf das gesetzwidrige Uebermaß an, welches rückzuvergüten ist; ist dasselbe noch unverwendet vorhanden, so ist es ohne weiters zurückzuerstatten; ist es aber auch schon angegriffen, so ist der Geschenknehmer den übriggebliebenen Theil zu ersetzen schuldig. Unredlicher Weise hat er aber die Sache dann aus dem Besitze gelassen, wenn er wußte, daß der Geschenkgeber zur Zeit der Schenkung weniger am Vermögen besaß, als das Doppelte von

dem gegebenen Geschenke. Die Vorgabe der Erwartung, der Geschenkgeber werde bis zu seinem Todestage ein neues Vermögen überkommen, kann, wenn sie nicht mit besondern Umständen unterstützt wird, dem Geschenknehmer zu keiner Rechtfertigung dienen.

§. 953.

5) wegen Verkürzung der Gläubiger.

Unter eben dieser (§. 952) Beschränkung können auch diejenigen Geschenke zurückgefordert werden, wodurch die zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Gläubiger verkürzt worden sind. Auf Gläubiger, deren Forderungen jünger sind, als die Schenkung, erstreckt sich dieses Recht nur dann, wenn der Beschenkte eines hinterlistigen Einverständnisses überwiesen werden kann.

1) Die erörterten vier Rechtsmittel (§§. 947 — 952), insbesondere die drey ersteren, kommen, wie v. Zeiller bemerkt, in den Gerichtshöfen selten vor; dagegen ereignet es sich öfters, daß Nichtswürdige, die dem gänzlichen Verfalle ihres Vermögens nahe sind, Schulden auf Schulden häufen, und das hierdurch erzielte Vermögen, um von der Verfolgung ihrer Gläubiger gesichert zu seyn, ihren Angehörigen oder Vertrauten in der, allenfalls durch Reverse zugesicherten, Erwartung verschenken, den betrüglichen Gewinn in der Folge mit ihnen theilen zu können. Weil es aber in vielen Fällen schwer ist, den Beweis einer absichtlichen Verkürzung der Gläubiger zu liefern, gestattet hier das Gesetz jedem Gläubiger, der auf eine solche Art und Weise durch die Schenkung verkürzt wird, die Schenkung unter der im vorigen §. angeführten Beschränkung widerrufen zu dürfen.

2) Dieses Rechtsmittels bedürfen die Gläubiger nur, wenn Schenkungen vor Ausbruch des Concurses gemacht worden sind. Mit Eröffnung des Concurses verliert der Schuldner zufolge der

Concursordnung die freye Verwaltung seines Vermögens, und jede von ihm darüber getroffene Verfügung ist an und für sich ungültig [1]). — Hätte der Cridatar in der Zwischenzeit, als der Concurs über sein Vermögen eröffnet wurde, und die vorgeschriebene Sperre und Inventur vorgenommen wird, Jemanden ein Geschenk übergeben, so wäre dasselbe ohne weiters von dem Geschenknehmer abzufordern, und in die Concursmasse zu geben. Dieses wäre sogar dann der Fall, wenn dem Geschenknehmer die Sache schon vor Eröffnung des Concurses geschenkt, und ihm eine schriftliche Urkunde hierüber eingehändigt, aber die Sache noch nicht übergeben worden wäre; jedoch stünde in diesem Falle dem Geschenknehmer frey, seine ihm aus dem Schenkungsvertrage zustehende Forderung gegen die Concursmasse zu liquidiren, in welchem Falle ihm aber alle übrigen Gläubiger (mit einziger Ausnahme des Fiskus in Bezug auf die Strafgelder) vorgezogen werden würden [2]).

3) Hier glaube ich auch die mehrfach besprochene Frage in Anregung bringen zu müssen, in wie fern ein Schuldner, in oder außer dem Concurse, einer angefallenen Erbschaft ohne Willen der Gläubiger entsagen könne? — Ein Cridatar kann, nach meiner Ansicht, einer ihm angefallenen Erbschaft zum Nachtheile der Gläubiger *nicht* entsagen. Es ist zwar allerdings richtig, daß der Cridatar zu den eigentlichen Curanden nicht gehöre, daß er mit seiner Person den Gläubigern nicht verfalle, und eben deßhalb auch nicht gezwungen und angehalten werden könne, etwas für die Masse durch eigene Industrie zu erwerben; allein eben so richtig ist, daß der Cridatar das Dispositionsrecht über das Ganze bey Eröffnung des Concurses in seinem Besitze befindliche, oder auch nachhin bis zur Beendigung des Concurses in dessen Besitz kommende Vermögen verliere, und dasselbe zur Cridamasse gezogen werden müsse; dann daß nach §§. 285, 292, 311, 353 des b. G. B. alle veräußerlichen Rechte in diese Masse gehören. — Nun ist nicht nur allein das *angetretene* Erbrecht, sondern selbst das Recht, eine Erschaft anzutreten,

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 2.
2) Con. Ord. §. 23.

ein veräußerliches Recht; denn im Falle der berufene Erbe stirbt, geht dieses Recht auch auf seine Erben über (§. 809), auch ist es nach §. 1278 dem berufenen Erben gestattet, das ihm angefallene Erbrecht, wenn er es auch noch nicht angetreten hat, einem Andern abzutreten, in welchem Falle dieser Andere in die Rechte des Ueberträgers, folglich in das Recht, die Erbschaft bedingt oder unbedingt anzutreten, oder dieselbe auch auszuschlagen, eintritt. — Aus diesem folgt, daß auch die Gläubiger auf ein bereits angefallenes Erbrecht die Execution führen können. — Ist aber der Concurs über den Schuldner noch nicht eröffnet, so hat er auch das Dispositionsrecht über sein Vermögen noch nicht verloren; ihm kann daher auch das Recht nicht abgesprochen werden, der ihm angefallenen Erbschaft zu entsagen, wenn diese Entsagung nicht von der Art ist, daß sie die Natur einer Schenkung annimmt. — Wann aber dieses der Fall sey, ist bereits bey Erläuterung des §. 939 bemerkt worden. Doch verdienen, wie v. Zeiller bemerkt, auch hier verdächtige, besonders mit dem Ehegatten oder den Angehörigen vorgenommene Scheinhandlungen eine strenge Aufmerksamkeit und Würdigung.

4) Die Klage wird der Regel nach nur denjenigen Gläubigern zugestanden, deren Forderungen früher oder älter sind, als die gemachten Schenkungen; denn nur von diesen Gläubigern kann man sagen, daß sie durch den Act der Schenkung verkürzt worden sind. Von Gläubigern, deren Forderungen erst nach der Hand entstanden sind, kann man für keinen Fall sagen, daß sie durch die Schenkung verletzt wurden. — Indessen wird ihnen in dem Falle, als sie ein hinterlistiges Einverständniß zwischen dem Schuldner und dem Beschenkten nachweisen könnten, von dem Gesetze eine Widerrufungsklage gegen den Beschenkten zugestanden. — Unter einem listigen Einverständnisse kann nur ein solches verstanden werden, zufolge welchem unter der äußeren Form der Schenkung noch ein Vermögen für den Beschenkten erhalten werden sollte. — Eine solche Scheinhandlung müßte für jeden Fall nach jenen gesetzlichen Bestimmungen beurtheilt werden, welche ihrer wahren Beschaffenheit entsprechen (§. 916), da es aber in solchen Fällen

meistens sehr schwer zu bestimmen seyn dürfte, in wie weit selbe als eine Schenkung, und in wie weit als ein entgeldlicher Vertrag anzusehen sey, so hat das Gesetz, wenn ein solches listiges Einverständniß überhaupt erwiesen ist, hier ohne Rücksicht auf den eigentlichen Umfang dieses Einverständnisses den nachgefolgten Gläubigern zugestanden, diese ganze Schenkung zu widerrufen.

5) Der Widerruf hat nur in so weit Statt, als die Gläubiger an ihren Forderungen Abbruch leiden würden, und auch nur in so weit, als der Beschenkte sich noch im Besitze des Geschenkes, oder des dafür empfangenen Werthes befindet (§. 952), oder unredlicher Weise des Besitzes sich begeben hat. — In wie fern der Beschenkte auch für die bezogenen oder nicht bezogenen Nutzungen zu haften habe? — ist eine nicht leicht zu beantwortende Frage. — Herr Hofrath v. Zeiller sagt zwar, daß diese Frage aus der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes des Beschenkten zu beurtheilen sey (§§. 330 u. f. f.). Allein als unredlicher Besitzer kann der Geschenknehmer weder nach §. 326 noch nach §. 345 angesehen werden. — Ich glaube vielmehr, daß diese Frage lediglich aus den Vorschriften über den Schadenersatz und Genugthuung überhaupt beantwortet werden müsse. — Ist der Beschenkte bey Annahme der Schenkung redlich zu Werke gegangen, so wird er nur von dem Zeitpuncte an, als der Widerruf der Schenkung ihm eröffnet wurde, die bezogenen Nutzungen herausgeben müssen, weil er von diesem Augenblicke an kein Recht mehr auf die Sache hat; in diesem Fall dürfte die Analogie des §. 338 in Anwendung kommen. Hat aber der Beschenkte im listigen Einverständnisse mit dem Geschenkgeber mit der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, gehandelt, so ist diese Frage nach den §§. 1295, 1301, 1302 u. 1323 zu beurtheilen. — So lange die Gläubiger gegen den Geschenkgeber keine Executionsschritte machen, kann der Geschenknehmer auch für die bezogenen Nutzungen nicht verantwortlich seyn, weil in diesem Falle auch der Geschenkgeber nicht gehindert war, die Nutzungen zu genießen. Haben aber z. B. die Gläubiger die Sequestration des Vermögens ihres Schuldners erwirkt, so entgehen ihnen

die Nutzungen der geschenkten Sache, und sie leiden daher einen Schaden. — Wider einen dritten Besitzer des Geschenkes kann die Widerrufungsklage nicht erhoben werden. Der Geschenkgeber und die Theilnehmer sind nach Beschaffenheit der Umstände Amtswegen einer gerichtlichen, wohl auch criminellen Untersuchung und Strafe zu unterziehen [1]).

§. 954.

6) wegen nachgeborner Kinder.

Dadurch, daß einem kinderlosen Geschenkgeber nach geschlossenem Schenkungsvertrage Kinder geboren werden, erwächst weder ihm, noch den nachgebornen Kindern das Recht, die Schenkung zu widerrufen. Doch kann er, oder das nachgeborne Kind, im Nothfalle sowohl gegen den Beschenkten, als gegen dessen Erben, das oben angeführte Recht auf die gesetzlichen Zinsen des geschenkten Betrages geltend machen (§. 947).

1) Dieses Rechtsmittel steht theils dem Geschenkgeber, theils dessen Kinde zu, und setzt voraus, daß der Geschenkgeber zur Zeit des gemachten Geschenkes ganz kinderlos war. Bey einer bloßen Vermehrung der Anzahl von Kindern findet sohin dasselbe keine Anwendung. Dieses darf auch gar nicht befremden, wenn man bedenkt, daß nach der Vorschrift unsers Gesetzbuches der Pflichttheil immer derselbe ist, es mag nur Ein Kind, oder eine Anzahl derselben vorhanden seyn. Sind daher zur Zeit der Schenkung bereits schon Kinder vorhanden, so tritt ohnehin die Vorschrift des §. 951 ein, welcher nicht nur allein zum Schutze der bereits gebornen, sondern auch der erst nachkommenden Kinder dienet, da alle mitsammen nur auf die Hälfte des Vermögens einen Anspruch zu machen haben.

---

1) Siehe Zeiller's Commentar §. 6. Verordn. vom 13. Dec. 1786 u. Strafges. I. §. 176.

2) Das Gesetz unterscheidet nicht, ob das nachgeborne Kind ehelich oder unehelich sey. Außer Zweifel scheint es zu seyn, daß, wenn die uneheliche Mutter die Geschenkgeberinn ist, dieses Rechtsmittel Statt habe; denn das Gesetz beschränkt dasselbe nicht ausdrücklich auf eheliche Kinder, und es findet hier auch aus andern Gründen keine Beschränkung Statt, da das uneheliche Kind auch sogar den Pflichttheil von der Mutter in Anspruch zu nehmen hat. — Zweifelhafter aber scheint mir die Beantwortung der Frage: ob dieses Rechtsmittel auch dem unehelichen Vater und seinem Kinde zustehe? — Die Disposition des gegenwärtigen §. scheint nähmlich an die Stelle der früheren Verfügung des gemeinen Rechtes getreten zu seyn, vermög welcher die supervenientia liberorum das Recht gab, das Geschenk zu widerrufen. Daß hierunter aber nur die ehelichen Kinder des Vaters verstanden worden seyn, scheint ausgemacht. Indessen glaube ich, daß die Anordnung des gegenwärtigen §. auch in Beziehung auf den unehelichen Vater zu gelten habe; denn, wie ich bereits erwähnt habe, lautet der Text des Gesetzes ganz allgemein; eine einschränkende Auslegung könnte daher nur dann gerechtfertiget werden, wenn aus dem Zusammenhange dieses §. mit anderen Gesetzesstellen, oder aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtete, daß dieses Rechtsmittel nur denjenigen Kindern zu Statten kommen solle, welche auf einen Pflichttheil ihrer Aeltern Anspruch zu machen haben. Allein, dieses zu behaupten, biethet sich kein zureichender Grund dar. Vielmehr scheint der gesetzliche Grund, auf welchem die gegenwärtige Anordnung ruhet, nicht sowohl in der Verpflichtung der Aeltern, ihren Kindern einen Pflichttheil zu hinterlassen, als in dem, selbe zu versorgen, zu liegen, eine Pflicht, welche dem unehelichen Vater eben so, wie dem ehelichen zusteht (§§. 166 u. 167).

3) Dagegen sind die Adoptivkinder von dem Gebrauche dieses Rechtsmittels eben so, wie die Adoptivältern ausgeschlossen. Man könnte zwar glauben, daß auch bey diesen Kindern obige gesetzliche Anordnung zu gelten habe, weil der §. 183 anordnet, daß zwischen den Wahlältern und dessen Nachkommen, in so

weit das Gesetz keine Ausnahme macht, gleiche Rechte, wie zwischen den ehelichen Aeltern und Kindern, Statt finde, und eine ausdrückliche Ausnahme in dem §. 183 nicht enthalten ist. — Allein a) liegt diese Ausnahme stillschweigend darin, daß der §. nur von nachgebornen Kindern redet; wäre es die Absicht des höchsten Gesetzgebers gewesen, auch die Wahlkinder darunter zu begreifen, so hätte er sich gewiß des allgemeinen Ausdruckes „den nachgekommenen Kindern" bedient. b) Da die Adoption ein Act ist, welcher ganz von der Willkühr der diesen Vertrag abschließenden Theile abhängt, so ist auch die Versorgungspflicht des Adoptivvaters eine freywillig übernommene Verbindlichkeit, und es ist daher nicht abzusehen, warum die später freywillig eingegangene Verbindlichkeit der früheren derogiren solle. c) Sagt der §. 183 nur, daß die Rechte zwischen den Wahlältern und dem Wahlkinde und dessen Nachkommen, den Rechten zwischen ehelichen Aeltern und Kindern gleichkommen; nun handelt es sich aber hier nicht um die Rechte zwischen den Aeltern und dem Wahlkinde, sondern zwischen dem Wahlkinde und dem Beschenkten; endlich d) darf nach §. 184 durch den zwischen Wahlältern und Wahlkinde geschlossenen Vertrag dem Rechte eines Dritten nicht zu nahe getreten werden. Dieses wäre aber der Fall, wenn die gegentheilige Behauptung die richtige seyn sollte; denn da würde das durch die Schenkung dem Beschenkten der Regel nach eingeräumte unwiderrufliche Recht (§. 946) einer neuen Beschränkung unterzogen werden.

4) Wird das hier in Rede stehende Recht auf die gesetzlichen Zinsen sowohl dem Geschenkgeber als dem nachgebornen Kinde eingeräumt. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Geschenkgeber in Dürftigkeit ist, das nachgeborne Kind aber nicht, nur Ersterer das Recht auf die gesetzlichen Zinsen geltend machen könne, und so auch umgekehrt. — Was ist aber in dem Falle Rechtens, wenn der Geschenkgeber und dessen Kind in gleich nothdürftigen Umständen sich befinden? — Steht das Kind noch unter der älterlichen Versorgung, so scheint kein Anstand obzuwalten, daß die Zinsen an den Geschenkgeber ausbezahlt werden müssen, weil es in den Verpflichtun-

gen desselben gegründet ist, daß er auch sein Kind an diesen Einkünften Theil nehmen lasse; aber auch in dem Falle, als der Geschenkgeber der Versorgungspflicht gegen sein Kind bereits überhoben wäre, wären die Zinsen dem Geschenkgeber auszuzahlen; denn dem Geschenkgeber gebührt dieses Recht schon zu Folge des §. 947, und es liegt dem gegenwärtigen §. keineswegs die Absicht des höchsten Gesetzgebers zu Grunde, ihm dieses Recht zu entziehen.

5) Uebrigens sind, wie v. Zeiller bemerkt, alle hier angeführten Widerrufungsklagen auch auf die belohnenden und wechselweisen Schenkungen, so wie auf die gemischten Verträge, welche bey den letzteren in Bezug auf das Uebermaß als wirkliche Schenkungen angesehen werden müssen, anzuwenden.

§. 955.

Welche Schenkungen auf die Erben nicht übergehen.

Hat der Geschenkgeber dem Beschenkten eine Unterstützung in gewissen Fristen zugesichert, so erwächst für die Erben derselben weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit; es müßte denn in dem Schenkungsvertrage ausdrücklich anders bedungen worden seyn.

Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung ist, weil vermuthet wird, der Wohlthäter habe in diesem Falle ein bloß persönliches Recht, und eine bloß persönliche Verbindlichkeit gründen wollen, indem er sonst einen Theil des Hauptstammes zugesagt haben würde. — Eine ausdrückliche, entgegengesetzte Verfügung hebt aber nach der Natur der Sache diese Vermuthung auf. Auf den Verfalls- und Zahlungstag einer solchen Unterstützung sind die über ein ähnliches Vermächtniß (§. 687) ertheilten Vorschriften anwendbar.

§. 956.

Schenkung auf den Todesfall.

Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit

Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß gültig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändiget worden ist.

1) Wer in Bezug auf den Todesfall etwas schenkt, kann eine aus dreyen Intentionen haben, er kann nähmlich: a) dem Beschenkten dadurch lediglich ein mit einem Legatar gleiches Recht einräumen, und sich folglich den Widerruf der gemachten Schenkung vorbehalten wollen; oder er kann b) auf das Recht, sein Geschenk zu widerrufen, Verzicht leisten, dagegen sich vorbehalten, mit der geschenkten Sache bey Lebzeiten nach Willkühr zu verfügen, so daß er z. B., wie bey Erbverträgen, durch die Schenkung nur in seinen letztwilligen Verfügungen beschränkt erscheinen will; oder er kann c) dem Beschenkten schon bey Lebzeiten ein unwiderrufliches Recht auf die geschenkte Sache zustehen wollen, so daß nur die Uebergabe des geschenkten Gegenstandes bis zum Todestage des Schenkers verschoben bleiben soll.

2) Die erstere Art der Schenkung auf den Todesfall ist der Natur der Sache nach ein bloßes Vermächtniß; denn, wenn dieser Act auch die äußere Form einer Schenkung dadurch erhält, daß die Annahme des Beschenkten hinzutritt, was bey letzten Willens-Anordnungen, worin Vermächtnisse festgesetzt werden, nicht der Fall ist, so verliert diese Schenkung eben durch den Vorbehalt des Widerrufes die Eigenschaft eines Vertrages (§§. 861 u. 862), und nimmt dadurch die wesentliche Eigenschaft einer letzten Willens-Erklärung an (§. 552). Eine solche Schenkung kann daher auch nicht als Vertrag, sondern lediglich nur als eine Erklärung des letzten Willens wirksam seyn. Damit sie aber in dieser Eigenschaft von Wirkung sey, ist natürlich erforderlich, daß dabey die bey letzten Willens-Erklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden.

3) Die zweyte Art der Schenkung auf den Todesfall, wo sich nähmlich der Schenker das Recht vorbehält, mit der geschenkten Sache bey Lebzeiten nach Belieben zu verfügen, und sich nur des Rechtes begibt, über die Sache auch letztwillig anders zu disponiren, sohin sich verpflichtet, die Sache, in so fern sie noch in seinem Verlasse seyn sollte, dem Geschenknehmer zu überlassen, ist gleichsam ein Mittelding zwischen Vertrag und letzten Willen, oder eigentlich beydes zugleich, und gleicht dem Erbvertrage in so weit, als auch hier der Promittent nicht gehindert ist, mit seinem Vermögen bey Lebzeiten nach Belieben zu schalten, und der Promissär dadurch nur ein Recht auf dasjenige erhält, was nach Absterben des Ersteren noch vorhanden ist (§. 1252). Es ist kein Grund vorhanden, an der Gültigkeit eines solchen Vertrages zu zweifeln. — Da der Geschenknehmer durch einen solchen Schenkungsvertrag erst nach dem Tode des Geschenkgebers ein wirksames Recht erlangt, so hat er in dieser Hinsicht die Eigenschaft einer letzten Willens-Erklärung, und muß also auch so, wie der Erbvertrag, schriftlich (§. 943) mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden (§. 1249).

4) Die dritte Art der Schenkung auf den Todesfall, wodurch dem Beschenkten schon bey Lebzeiten ein unwiderrufliches Recht auf die geschenkte Sache zugestanden wird, ist eigentlich eine Schenkung unter Lebenden; denn der Beschenkte hat hier durch die Schenkung ein bereits bestimmtes, obgleich nur persönliches Recht gegen den Geschenkgeber erlangt, und erscheint sohin als ein wirklicher Gläubiger des Geschenkgebers. Eine solche Schenkung muß daher als eine Schenkung unter Lebenden angesehen, und wie ein Vertrag dieser Art behandelt werden.

Ein solcher Schenkungsvertrag bedarf der Testaments-Förmlichkeiten eben so wenig, wie ein Kaufcontract, worin sich bedungen wird, daß die Uebergabe des verkauften Gegenstandes erst nach dem Tode des Verkäufers vor sich gehen soll.

5) Eine Schenkung auf den Todesfall ist daher nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. und nach den hier geschehenen Erörterungen entweder lediglich als eine letzte Willens-Anord-

nung, wodurch ein Vermächtniß hinterlassen wird, sohin als ein Codicill (§. 553) oder als ein Vertrag anzusehen und zu behandeln. — Damit aber eine solche Schenkung als ein Vertrag angesehen werden könne, wird erfordert: a) daß von Seite des Beschenkten die Annahme erklärt worden sey; b) daß der Schenkende sich des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begeben habe; und c) daß dem Beschenkten hierüber eine schriftliche Urkunde eingehändigt worden sey. Fehlt ein einziges dieser Erfordernisse, so ist ein solcher Act, mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten, lediglich als ein Vermächtniß gültig, wenn auch sonst aus den Umständen oder aus dem Inhalte der Urkunde selbst hervorleuchtete, daß der Geschenkgeber einen Vertrag, sey es der zweyten oder dritten Art, schließen wollte. Das Wörtchen „darüber", welches erst am Schlusse des gegenwärtigen §. vorkömmt, wo der Gesetzgeber gerade die Erfordernisse zu einer als Vertrag gültigen Schenkung aufzählt, läßt deutlich erkennen, der Gesetzgeber habe haben wollen, daß die dem Beschenkten eingehändigte Urkunde nothwendig auch die Annahme des Beschenkten, und daß sich der Schenkende des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, begebe, enthalten müsse.

6) Hat nun aber eine Schenkung die hier aufgeführten Erfordernisse eines Vertrages, so muß erst aus ihrem Inhalte beurtheilt werden, zu welcher Art von Schenkungsverträgen dieselbe gehöre. — Nur entsteht hier die Frage, zu welcher Art von Verträgen die Schenkung dann zu rechnen sey, wenn der Inhalt der Urkunde keinen befriedigenden Aufschluß hierüber gibt? — Da nun der §. 915 vorschreibt, daß bey einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen werden müsse, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; so streitet die Vermuthung für die hier oben Nr. 3 berührte Art des Schenkungsvertrages.

7) Die Frage, was auf den Todesfall geschenkt werden könne, ist dahin zu beantworten, daß alles, was im Verkehre steht, ein Gegenstand dieser Schenkung seyn könne. Nur darf das Geschenkte in den aus Nr. 2 u. 3 berührten Fällen kein solcher Theil des Vermögens seyn, der sich auf das Ganze bezieht,

sondern nur einzelne Sachen, Sachen von gewisser Gattung, Summen oder Rechte auf bestimmte Sachen können der Gegenstand der Schenkung seyn, weil sonst die Schenkung auf den Todesfall nach §. 1249 in einen Erbvertrag übergehen würde, welcher nur unter Ehegatten gültig geschlossen werden kann. Man kann daher obige Frage im Kurzen dahin beantworten, daß alles dasjenige, was als Vermächtniß hinterlassen werden kann, auch der Gegenstand eines Schenkungsvertrages seyn könne.

8) Wer kann auf den Todesfall schenken? — Eine als Vermächtniß gültige Schenkung auf den Todesfall kann Jeder machen, der, und in so fern er eine gültige letzte Willens-Erklärung hinterlassen kann (§. 647). Eine als ein Vertrag geltende Schenkung auf den Todesfall Jeder, der, und in so fern er einen nach den Gesetzen gültigen Vertrag schließen kann (§§. 865 — 868).

9) Wer kann auf den Todesfall beschenkt werden? Ist die Schenkung lediglich als ein Vermächtniß anzusehen, Jeder, der erbfähig ist (§. 647); auch ist in diesem Falle die Erbfähigkeit in der Regel nach dem Zeitpuncte des Todes des Erblassers zu beurtheilen (§. 545), ausgenommen, es wäre derselben eine aufschiebende Bedingung beygerückt worden, in welchem Falle der Beschenkte die Erfüllung der Bedingung überleben, und bey dem Eintritte derselben erbfähig seyn muß (§. 703). Ist die Schenkung aber als ein Vertrag gültig, so kömmt es darauf an, ob selbe die Eigenschaft eines vertragsmäßigen Vermächtnisses, oder die einer Schenkung unter Lebenden, deren Erfüllung aber erst nach dem Tode des Geschenkgebers festgesetzt ist, habe. Im erstern Falle gleicht sie einem Erbvertrage, nur mit dem Unterschiede, daß der Gegenstand derselben einzelne Sachen, oder eine bestimmte Gattung von Sachen, eine Summe u. s. w. ist; während der Gegenstand eines Erbvertrages die ganze Verlassenschaft oder ein in Bezug auf dieselbe bestimmter Theil ist. In diesem Falle muß daher der Beschenkte nicht nur allein zur Zeit, als er die Annahme der Schenkung erkläret, erbfähig seyn, sondern es auch bis zum Zeitpuncte des Erbanfalles bleiben, wenn die Schenkung als Vertrag von Wirksamkeit seyn

sollte [1]). — Im zweyten Falle gleicht sie mehr einer Schenkung unter Lebenden, und es sind daher hier lediglich die, in Ansehung der Verträge überhaupt und der Schenkungen insbesondere, bestehenden gesetzlichen Vorschriften und nicht die über Erbfähigkeit vor Augen zu halten.

10) Hier glaube ich nun auch, die bey Erläuterung des §. 775 eben wegen noch nicht gehöriger Entwickelung meiner Ansicht „über die Schenkung auf den Todesfall übergangene Frage: wie auf was Weise das Recht des Notherben durch eine Schenkung verletzt werden könne?" beantworten zu müssen. Da die hier oben Nr. 2 berührte Art der Schenkung auf den Todesfall der Natur der Sache nach ein bloßes Vermächtniß ist, so muß dieselbe auch ganz nach den dießfalls bestehenden Vorschriften behandelt werden. Dem Notherben, der sich daher durch eine solche Schenkung in seinem Rechte auf den Pflichttheil verletzt sieht, steht daher das nähmliche Recht zu, welches demjenigen Notherben zukömmt, der durch ein in einer andern letztwilligen Verfügung einem Dritten zugedachtes Legat beeinträchtiget wird. Die sub Nr. 3 berührte Art der Schenkung auf den Todesfall ist gleichfalls wie eine andere letztwillige Verfügung zu betrachten, nur mit dem Unterschiede, daß sie unwiderruflich ist; ein Umstand, welcher auf das Recht des Notherben keinen Einfluß nimmt. Wird derselbe durch eine solche Schenkung an seinem Pflichttheile verletzt, so steht ihm ebenfalls wieder das oben erwähnte Recht zu. — Ist aber der Notherbe durch die sub Nr. 4 berührte Art der Schenkung an seinem Pflichttheile verkürzt worden, so ist dieser Fall lediglich nach §. 951 zu beurtheilen [2]).

---

1) Siehe meine Darstellung der Rechte der Ehegatten über ihr Vermögen §. 179 Bey Erläuterung des §. 1254 werde ich die bisher gegen meine Behauptung vorgekommenen Gegengründe zu widerlegen suchen.

2) Man sehe meine Erlauterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil §. 93. — Ueber diesen Gegenstand verdient nachgelesen zu werden des Herrn Professors v. Gapp »Abhandlung über die Schenkung auf den Todesfall" in der Wagner'schen Zeitschrift, Jahrg. 1827, 1. Hft., S. 30 — 48.

Neunzehntes Hauptstück.

Von dem Verwahrungsvertrage.

§. 957.

Verwahrungsvertrag.

Wenn Jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Theil verbindlich; es ist aber kein Verwahrungsvertrag.

1) Herr Professor Schuster weicht von der buchstäblich gesetzlichen Erklärung des Verwahrungsvertrages ab, und gibt dafür folgende: Wenn Jemanden eine Sache zur unentgeldlichen Obsorge anvertraut wird, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Die Gründe, welche den Herrn Professor Schuster zu dieser Abweichung, oder nach seinem Ausdrucke, zur Feststellung einer veränderten Lesearт bewogen haben, sind folgende [1]):

a. Das Wort „fremde" wurde deßhalb weggelassen, weil auch die eigene Sache des Verwahrers ein gültiger Gegenstand des Verwahrungsvertrages seyn könne, und zwar sowohl im Falle, als dem Verwahrer der Umstand, daß die ihm in Verwahrung gegebene Sache sein Eigenthum sey, bekannt, als auch, wenn sie ihm unbekannt ist. Ersterer Fall könne dann eintreten, wenn z. B. mein Pfandgläubiger, oder der Fruchtnießer der mir eigenthümlich zugehörigen beweglichen Sache, welche eine Reise vorhaben, mich ersuchten, die Sache bis zu ihrer Rückkunft in Verwahrung zu nehmen; der zweyte Fall

1) Man sehe Wagn. Zeitschrift 1813, X. Heft, S. 192.

könne dann eintreten, wenn der Verwahrer endlich die Entdeckung macht, daß die ihm in Verwahrung gegebene Sache, z. B. eine Uhr, eben dieselbe sey, welche ihm oder seinem Erblasser gestohlen wurde, daher sein Eigenthum ist; denn solchen Falles werde er aus dem Verwahrungsvertrage noch immer verbunden bleiben, daher die Uhr dem Hinterleger zurückzustellen verpflichtet, und sodann erst dieselbe mittelst der Eigenthumsklage anzusprechen berechtiget seyn.

b. Vermög des Wortlautes des gegenwärtigen §. würde ein Verwahrungsvertrag auch dann als abgeschlossen zu betrachten seyn, wenn man die Sache ohne Wissen des Besitzers, wie z. B. der Finder, oder sogar gegen dessen Willen, wie z. B. der unechte Besitzergreifer, in seine Gewahrsame übernimmt, was jedoch nicht zugelassen werden könne; denn obschon diese Personen, und zwar erstere in jeder, letztere aber in mancher Hinsicht nach denselben Grundsätzen wie Verwahrer beurtheilt werden, so seyen sie doch aus keinem Verwahrungsvertrage verbunden, indem kein Vertrag abgeschlossen worden ist, und die sogenannten Scheinverträge (quasi contratus) aus dem Gebiethe der Rechtsgelehrtheit, so wie überhaupt alle rechtlichen Dichtungen, so viel als nur thunlich ist, verbannt werden müssen. Der Herr Professor Schuster hat daher die Textirung so gestellt, damit aus derselben abgenommen werden kann, daß der Verwahrungsvertrag nur dann zu Stande komme, wenn die Sache dem Verwahrer von Jemanden wirklich zur Obsorge überlassen worden ist.

c. Endlich habe derselbe den Beysatz „zur unentgeldlichen Obsorge" gemacht, weil in dem Falle, als eine Sache zur entgeldlichen Obsorge übergeben wird, in der Wesenheit des Vertrages eine Aenderung vorgehe, und er dadurch in einen zweyseitig verbindlichen Vertrag übergehe, wodurch ganz neue Bestimmungen, besonders in Absicht auf den Hinterleger hinzukommen. Wollte man diese nicht beachten, so würden dadurch die Begriffe der verschiedenen Vertragsarten verwechselt, und die Gränzlinien zwischen denselben, welche nie scharf genug gezogen werden können, durchbrochen werden, wodurch es um

die, alle Rechtsgeschäfte beherrschende Rechtswissenschaft geschehen seyn würde.

2) Es soll nun hier die Frage der Prüfung unterzogen werden, ob durch diese vorgeschlagene Abänderung der Absicht des Gesetzgebers entsprochen werde?

ad a. Es ist zwar allerdings richtig, daß nach dem Begriffe, den wir im gemeinen Leben mit einem Verwahrungsvertrage verbinden, der Eigenthümer selbst in die Lage kommen könne, seine eigenthümliche Sache in Verwahrung zu nehmen. — Diesem steht jedoch nicht entgegen, daß eine positive Gesetzgebung dem Verwahrungsvertrage einen beschränkteren Begriff unterlege. Dieses hat aber der österreichische Gesetzgeber dadurch gethan, daß er in die Definition des Verwahrungsvertrages das Wort „fremde" ausdrücklich aufgenommen hat, und es muß daher in so lange auch angenommen werden, daß er den allgemeinen Begriff durch diesen Beysatz beschränken wollte, bis nicht ein Widerspruch mit anderen Gesetzesstellen nachgewiesen werden kann, und dieser Widerspruch muß sogar von der Art seyn, daß er auf eine weniger gewaltthätige Weise nicht behoben werden kann, als wenn dieses Wort weggelassen wird. —. Allein eine Gesetzesstelle, mit welcher dieser beschränkte Begriff eines Verwahrungsvertrages im Widerspruche stünde, ist von dem Herrn Professor Schuster nicht nachgewiesen worden. Zwar beruft sich derselbe auf den §. 1093, in welchem es heißt, „daß der Eigenthümer auch in den Fall kommen könne, den Gebrauch seiner eigenen Sache, wenn er einem Dritten gebührt, in Bestand zu nehmen," und glaubt daher aus der Rechtsanalogie schließen zu können, daß der Eigenthümer auch in die Lage kommen könne, seine eigene Sache in Verwahrung zu nehmen. Allein ein Schluß aus der Analogie kann nur für einen solchen Fall Platz greifen, für welchen das Gesetz nicht selbst schon durch eine ausdrückliche Bestimmung gesorgt hat; hat nun aber das Gesetz für diesen Fall etwas besonders ausdrücklich ausgesprochen, so kann kein Schluß aus der Analogie diese besondere Bestimmung aufheben. — Uebrigens ist nach eben diesen §. 1093 der Gegenstand des

Bestandvertrages nicht nur eine körperliche bewegliche oder unbewegliche Sache, sondern auch ein Recht; und wenn daher der Eigenthümer einer körperlichen Sache, den Gebrauch derselben, wenn er einem Dritten gebührt, in Bestand nimmt, so ist der Gegenstand des Bestandvertrages immer fremdes Eigenthum (§. 353). Man ist daher vielmehr berechtiget, aus der Analogie des §. 1095 das Gegentheil zu behaupten; denn man kann folgenden Schluß ziehen: Eben so wie bey dem Bestandvertrage nur fremdes Eigenthum zum Gegenstande gemacht werden kann, — so kann auch bey dem Verwahrungsvertrage nur fremdes Eigenthum Gegenstand desselben seyn. — Hierzu kömmt noch, daß mehrere der in diesem Hauptstücke vorkommenden Paragraphe den vom Gesetze aufgestellten Begriff eines Verwahrungsvertrages voraussetzen. — Wer behauptet, daß auch die eigene Sache des Verwahrers Gegenstand des Verwahrungsvertrages seyn könne, und daher den gegenwärtigen §. (nach dem Ausdrucke des Herrn Professors) mit Hinweglassung des Wortes „fremde" lieset; muß auch bey Lesung des §. 967 die Worte: „und die zur Erhaltung der verwahrten Sache, oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu ersetzen," weglassen; denn kann man wohl vernünftigerweise annehmen, daß der Gesetzgeber den Hinterleger verpflichten wollte, dem Verwahrer seiner ihm eigenthümlichen Sache die zur Erhaltung derselben, oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu ersetzen? — Hat der Pfandgläubiger wegen einer vorgehabten Reise dem Eigenthümer das Pfandstück zur Verwahrung übergeben, und geht dasselbe durch Verschulden des Eigenthümers zu Grunde, so tritt die Vorschrift des §. 458 ein, gemäß welchem der Pfandgeber dem Pfandgläubiger ein anderes angemessenes Pfand zu übergeben verpflichtet ist. Hat daher z. B. der Pfandeigenthümer dem Gläubiger für eine Schuld von 10 fl. seine goldene Repetiruhr verpfändet, und sie ist ihm aus seinem Verschulden entwendet worden, so kann der Gläubiger keineswegs

eine andere goldene Repetiruhr als Pfand fordern, sondern er muß sich mit einer Sache geringeren Werthes, wenn nur dadurch seine Forderung hinreichend gedeckt ist, begnügen. Nach den Bestimmungen des Verwahrungsvertrages müßte aber dieser Fall offenbar anders entschieden werden. — Ist dem Verwahrer unbekannt, daß die Sache, die ihm in Verwahrung gegeben wurde, seine eigenthümliche Sache selbst sey, und kömmt er erst in der Folge davon in Kenntniß, so ist ihm freylich nicht gestattet, sich den Umstand, daß ihn der Besitzer selbst in die Innehabung gesetzt hat, zu Nutzen zu machen, und die Ausfolglassung derselben, unter der Behauptung, daß sie sein eigen sey, zu verweigern; sondern er muß selbe früher zurückstellen, und kann dann erst nach geschehener Zurückstellung sie mittelst der Eigenthumsklage von dem Besitzer wieder zurückfordern. — Setze man aber den Fall: die Sache ginge während der Verwahrungszeit aus Verschulden des Eigenthümers verloren, würde sich letzterer von dem von Seite des Besitzers geforderten Schadensersatze, den der §. 964 dem Verwahrer aufbürdet, nicht dadurch befreyen können, wenn er erweiset, daß die Sache ohnehin sein Eigenthum gewesen sey?

ad b. Da nach §. 6 keinem Gesetze in der Anwendung ein anderer Verstand beygelegt werden kann, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in *ihrem Zusammenhange* und aus der *klaren Absicht des Gesetzgebers* hervorleuchtet, so kann kein Zweifel obwalten, daß ein Verwahrungsvertrag nur dann vorhanden sey, wenn die Sache mit Wissen und Willen des Besitzers von Jemanden in die Obsorge übernommen wird. — Dieses ergibt sich schon aus der Wesenheit eines Vertrages, welcher eine Willens-Uebereinstimmung von beyden Theilen voraussetzt, und dessen Begriffe es platterdings widerstreiten würde, wenn man behaupten wollte, es könne durch eine einseitige Handlung des Verwahrers ein Verwahrungs-*Vertrag* abgeschlossen werden. — Aus dem Nachsatze des gegenwärtigen §., besonders, wenn man denselben mit dem §. 129 des 3. Theiles des westgalli-

zischen Gesetzbuches vergleicht, wo das, was hier im Nachsatze ausgedrückt ist, im Vordersatze erscheint, gehet deutlich hervor, daß der Gesetzgeber hier das angenommene Versprechen, eine fremde Sache in Verwahrung zu nehmen, voraussetze, und daß er sich durch die Eingangsworte dahin erkläre, daß dieses angenommene Versprechen dann in einen wirklichen Verwahrungsvertrag übergehe, wenn die Sache wirklich in die Obsorge übernommen wird.

ad c. Der Beysatz „zur unentgeldlichen Obsorge" ist aber gewiß dem Sinne unseres Gesetzes nicht gemäß. — Zum Beweise dessen beziehe ich mich hier lediglich auf dasjenige, was Herr Professor Schuster selbst an einem anderen Orte von dem Verwahrungsvertrage ganz richtig und treffend bemerkt. Er sagt nähmlich [1]): „Doch die Römer haben nur mit dem Worte: „Verwahrungsvertrag" den Begriff der Unentgeldlichkeit verbunden; was aber unsere Gesetzverfasser betrifft, so haben diese die Unentgeldlichkeit keineswegs als eine natürliche Eigenschaft des Verwahrungsvertrages betrachtet; denn im §. 969 heißt es ja ausdrücklich: daß derselbe sowohl entgeldlich als unentgeldlich geschlossen werden könne."

Will man daher den Verwahrungsvertrag nach dem Sinne unsers Gesetzbuches und mit Berücksichtigung der ad b gemachten Bemerkung definiren, so dürfte die Definition in der Form der Schule dahin lauten: Der Verwahrungsvertrag sey jener Vertrag, vermög welchem Jemanden eine fremde Sache in die Obsorge übergeben, und von diesem übernommen wird; oder mit anderen Worten: Wenn Jemanden eine fremde Sache in die Obsorge übergeben und von diesem übernommen wird, so entsteht ein Verwahrungsvertrag.

§. 958.

Durch den Verwahrungsvertrag erwirbt der Uebernehmer weder Eigenthum, noch Besitz, noch

1) Siehe Wagn. Zeitschrift 1830, 7. Heft, S. 44 u. 45.

Gebrauchsrecht; er ist bloßer Inhaber mit der Pflicht, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern.

Der Verwahrungsvertrag wird, wie v. Zeiller bemerkt, bloß zum Vortheile des Hinterlegers geschlossen, dem es in besonderen Umständen sehr schwer oder unmöglich ist, die Sache bey sich oder unter seiner Obhuth zu behalten [1]). Weil nun durch den Verwahrungsvertrag an und für sich nur auf Seite des Hinterlegers, nicht auch auf der des Verwahrers ein Vortheil bezielet wird, so wird letzterem durch diesen Vertrag auch weder Eigenthum, noch Besitz, noch auch nur ein Gebrauchsrecht eingeräumt. — Der Verwahrer ist, da er die Sache in seiner Macht und Gewahrsame hat, Inhaber derselben (§. 309), und übernimmt durch diesen Vertrag die Bemühung, die ihm anvertraute Sache zu beobachten, und vor Schaden zu sichern. Geschah es freywillig, und ohne einen Vertrag; so wäre es eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§. 1035).

§. 959.

Wenn er in einen Darleihens- oder Leihvertrag übergehe.

Wird dem Verwahrer auf sein Verlangen, oder durch freywilliges Anerbiethen des Hinterlegers der Gebrauch gestattet, so hört im ersten Falle der Vertrag gleich nach der Verwilligung; im zweyten aber von dem Augenblicke, da das Anerbiethen angenommen, oder von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, auf, ein Verwahrungsvertrag zu seyn; er wird bey verbrauchbaren Sachen in einen Darleihens-, bey unverbrauchbaren in einen Leihvertrag umgeändert, und es treten die damit verbundenen Rechte und Pflichten ein.

1) Dieses ist jedoch nur in Bezug auf die in Verwahrung genommene Sache selbst zu verstehen, und nicht dahin auszudehnen, daß der Verwahrer nicht andere Vortheile für seine Bemühung genießen könnte (§. 963).

1) Es gehört zur Wesenheit des Verwahrungsvertrages, daß dadurch nur auf Seite des Hinterlegers ein Vortheil bezielet werde; wird dabey auch von Seite des Verwahrers in Bezug auf die zur Verwahrung gegebene Sache ein Recht erworben, so wird diese wesentliche Eigenheit des Verwahrungsvertrages aufgehoben; er hört somit auf, ein Verwahrungsvertrag zu seyn, und wird in denjenigen Vertrag umgeändert, welchen die Bestandtheile der Verabredung bezeichnen, es treten somit auch die damit verbundenen Rechte und Pflichten ein [1]).

2) Der gegenwärtige §. redet zwar nur von zweyen Verträgen, in welchen der Verwahrungsvertrag umgeändert werden könne, nähmlich in einem Darleihens- oder Leihvertrag, je nachdem nähmlich die in Verwahrung gegebene Sache eine verbrauchbare oder unverbrauchbare ist. — Allein es kann daraus unmöglich gefolgert werden, daß sich der Verwahrungsvertrag in keinen anderen Vertrag umändern lasse; denn wenn der Hinterleger und der Verwahrer verabreden, daß dem ersteren für den Gebrauch der unverbrauchbaren Sache ein Preis im Gelde entrichtet werden soll, so ist dieses weder ein Darleihens- noch ein Leihvertrag, sondern ein Bestandvertrag (§. 1090); oder wenn sich der Hinterleger von dem Verwahrer für den Gebrauch der Sache eine Dienstleistung ausbedingen würde, so wäre dieses ein ungenannter, folglich weder Darleihens- noch ein Leihvertrag. An der Rechtsgültigkeit eines solchen Uebereinkommens kann aber eben so wenig gezweifelt werden. — Es fordert nun aber die Achtung für die positive Gesetzgebung, in die Gründe einzugehen, warum der Gesetzgeber hier nur von dem Darleihens- und Leihvertrage eine Erwähnung gemacht habe?

Um diese Gründe zu erforschen, glaube ich nun wieder auf das westgallizische Gesetzbuch, als den Entwurf des gegenwärtigen, zurückgehen zu müssen. Dasselbe enthält nun im 3. Theile, §. 131 jene Bestimmung, welche offenbar in dem gegenwärtigen §. des neuen Gesetzbuches übertragen worden ist, und die folgen-

1) Siehe die Abhandlung des Herrn Professor Schuster: In welche Verträge kann der Verwahrungsvertrag verwandelt werden? Wagn. Zeitschrift 1830. VII. Heft, S. 43 — 45.

der Gestalt lautet: „Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer den Gebrauch der hinterlegten Sache, so wird der Hinterlegungsvertrag, je nachdem die Sache verzehrbar oder unverzehrbar ist, in einen Darleihens- oder in einen Verlehnungsvertrag verwandelt, und es treten dann alle damit verbundenen Rechte und Pflichten ein." Hier ist aber zu bemerken, daß dieses Gesetzbuch einen eingeschränkteren Begriff von einem Darleihensvertrage aufgestellt habe, als das gegenwärtige. — Es sagt nähmlich §. 93: „Werden verzehrbare, nach Zahl, Maß oder Gewicht zu bestimmende Sachen Jemanden unentgeldlich und unter der Bedingung übergeben, daß er zwar willkührlich darüber schalten könne, aber nach einer gewissen Zeit eben so viel von der nähmlichen Gattung und Güte zurückgeben soll; so entsteht ein Darleihensvertrag." Eben so gehört, nach dem westgallizischen Gesetzbuche, der Verwahrungsvertrag für jeden Fall in die Classe jener Verträge, welche nicht auf Eigennutz, sondern bloßer Dienstfertigkeit beruhen; wird für den Verwahrer eine Belohnung bedungen, so gehört er zu den Tauschhandlungen (§. 104).

Aus dem Gesagten ist zu ersehen, daß dem österreichischen Gesetzgeber nur jene Fälle vor Augen schwebten, wo dem Verwahrer der unentgeldliche Gebrauch der Sache eingeräumt wird, weil es auch nur in diesen Fällen zweifelhaft scheinen kann, ob dadurch die Natur eines Verwahrungsvertrages ganz aufgehoben werde; denn läßt sich der Hinterleger in der Folge für das dem Verwahrer gestattete Gebrauchsrecht etwas bezahlen, so ändert sich sein ursprünglicher Zweck, die Sache, die ihm in seiner eigenen Obhuth zu behalten schwer fällt, durch den Verwahrer vor Schaden sichern zu lassen, in die Absicht um, aus der Sache einen wirklichen Gewinn zu beziehen. Es fällt daher in einem solchen Falle ohnehin Jedermann auf, daß der Verwahrungsvertrag dadurch seine Natur ablegen müsse; nicht eben so leuchtet dieses ein, wenn dem Verwahrer der unentgeldliche Gebrauch gestattet wird; denn da dadurch der Hinterleger seinen

eigennützigen Zweck, die Sache durch den Anderen vor Schaden sichern zu lassen, nicht aufgibt, so könnte man glauben, daß daraus ein zusammengesetzter Vertrag entstehe, welcher auf einer Seite die Eigenschaften und Bestimmungen eines Verwahrungsvertrages, und auf der anderen die eines Darleihens- oder Leihvertrages an sich habe. — Diesen entstehen könnenden Zweifel glaubte nun der höchste Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Anordnung beheben zu müssen.

3) Obschon nach österreichischem Rechte der Verwahrungsvertrag gegen Entgeld geschlossen werden kann (§. 969), so ist es doch nicht leicht gedenkbar, daß ein entgeldlich geschlossener Verwahrungsvertrag umgeändert werde; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Hinterleger, wenn er dem Aufbewahrer für seine Bemühung einen Lohn bezahlet, demselben auch das Gebrauchsrecht seiner Sache einräumen werde. — Sollte es aber doch geschehen, daß der Hinterleger, nebst dem, daß er den Verwahrer für seine Bemühung durch Abreichung einer Geldgabe belohnet, ihm auch noch den Gebrauch der Sache gestattete, so könnte der Vertrag, weder als Verwahrungs-, noch als ein Darlehens- oder Leihcontract angesehen werden. Nicht als ein Verwahrungsvertrag, weil derselbe aufhört Verwahrungsvertrag zu seyn, wenn der Hinterleger dem Verwahrer den Gebrauch der Sache gestattet; nicht als ein Darleihens- oder Leihvertrag, weil der Darleiher oder der Verleiher für das Recht, das er dem Entlehner einräumet, doch zur Bezahlung eines Lohnes nicht verhalten werden kann. Ein solcher, sehr sonderbarer Vertrag, würde daher unter die ungenannten zu rechnen seyn.

4) In Ansehung des Zeitpunctes, von welchem angefangen der Verwahrungsvertrag in einen Darleihens- oder Leihvertrag übergehe, ist zu unterscheiden, ob der Verwahrer oder der Hinterleger zuerst den Willen äußere, daß der Gebrauch der Sache dem Verwahrer überlassen werden solle. Aeußert der Verwahrer zuerst sein Verlangen, den Gebrauch der Sache zu erlangen, so hört der Verwahrungsvertrag gleich nach der Bewilligung des Hinterlegers auf, obgleich, wie v. Zeiller bemerkt, der Empfänger dem Ansuchen etwa die Beschränkung beygesetzt

hätte, daß er nöthigen Falls von der Sache Gebrauch machen dürfe. Wird dem Verwahrer der Gebrauch der Sache von dem Hinterleger angebothen, so muß vorerst auch die Annahme von Seite des Verwahrers hinzutreten, welche entweder ausdrücklich mit Worten, oder stillschweigend dadurch erklärt wird, daß der letztere von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch macht. Im ersten Falle hört der Verwahrungsvertrag von der Zeit der Erklärung der Annahme, im zweyten von dem Zeitpuncte, an welchem von der Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, als solcher zu existiren auf.

5) Damit jedoch der Verwahrungsvertrag in einen Leihvertrag verwandelt werde, wird vorausgesetzt, daß der Hinterleger dem Verwahrer das Recht des Gebrauches für die ganze Zeit der Verwahrung, oder überhaupt für eine bestimmte Zeit einräume, oder daß wenigstens die Absicht des Gebrauches bestimmt werde; denn es gehört zur Wesenheit des Leihvertrages, daß die Zeit des Gebrauches bestimmt sey (§. 972); ist selbe weder ausdrücklich noch stillschweigend durch die erklärte Absicht des Gebrauches bestimmt, so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern nur ein unverbindliches Bittleihen (§. 974). Ist daher die Verwahrungszeit selbst weder ausdrücklich, noch stillschweigend bestimmt (§. 963), und bey Gestattung des Gebrauches selbst weder eine Zeit festgesetzt, noch die Absicht des Gebrauches erklärt worden, so ist es offenbar, daß der Verwahrungsvertrag dadurch, daß dem Verwahrer von Seite des Hinterlegers der Gebrauch verstattet werde, nicht in einen Leihvertrag, sondern in ein unverbindliches Bittleihen übergehen könne. Dieses scheint aber selbst für den Fall behauptet werden zu müssen, wenn die Verwahrungszeit zwar ausdrücklich bestimmt, jedoch von dem Hinterleger nicht zugleich erklärt worden ist, daß er dem Verwahrer den Gebrauch für diese bestimmte Zeit gestatte; denn dadurch, daß eine Zeit für die Verwahrung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt wird, entsteht nur für den Verwahrer die Pflicht, die ihm anvertraute Sache durch diese ganze Zeit sorgfältig zu verwahren (§. 961), dem Hinterleger bleibt dadurch aber noch immer das Recht vorbehalten, die Sache auch vor Verlauf der

Zeit zurückzufordern. — Dadurch nun, daß der Hinterleger dem Verwahrer den Gebrauch der Sache überhaupt gestattet, kann ohne eine entgegengesetzte ausdrückliche Bestimmung nicht angenommen werden, daß er sich dieses, aus dem Verwahrungsvertrage hervorgehenden Rechtes, die Sache auch vor Verlauf der Zeit zurückzufordern, begeben habe, und zwar um so weniger, als selbst bey einem entstehenden Zweifel dort, wo es sich um einen einseitig verbindlichen Vertrag handelt, angenommen werden muß, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915). — Der Hinterleger hat sich aber schon dadurch eine Last aufgelegt, daß er dem Verwahrer den Gebrauch der Sache, in so lange er sie wirklich in Verwahrung hat, gestattet, und es läßt sich daher mit dem Geiste der citirten Gesetzesstelle nicht vereinigen, daß bloß aus dieser hier erwähnten Verpflichtung des Hinterlegers auch noch die weitere fließen sollte, die Sache vor der bestimmten Zeit nicht zurückzufordern (Vergl. §. 975).

§. 960.

Wann er in eine Bevollmächtigung übergehe.

Es können bewegliche und unbewegliche Sachen in Obsorge gegeben werden. Wird aber dem Uebernehmer zugleich ein anderes, auf die anvertraute Sache sich beziehendes, Geschäft aufgetragen; so wird er als ein Gewalthaber angesehen.

Daraus, daß Jemanden eine unbewegliche Sache in Obsorge übergeben wird, folgt nicht, daß ihm auch die Cultur, die zweckmäßige Bestellung desselben, z. B. der Anbau des anvertrauten Grundstückes, oder die Vermiethung eines solchen Hauses u. s. w., zukomme. — Es kommen ihm bloß die in diesem Hauptstücke aufgeführten Pflichten und Rechte zu, und was er außer diesen noch vorkehret, das ist als eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen (§§. 1035 u. f. f.). Wird aber dem Uebernehmer die ganze Verwaltung oder auch nur eines oder

das andere darauf sich beziehende Geschäft überlassen; so ist der Vertrag vielmehr als eine Bevollmächtigung, und der Uebernehmer als ein Bevollmächtigter nach dem zweyundzwanzigsten Hauptstücke anzusehen.

§. 961.

Pflichten und Rechte des Verwahrers.

Die Hauptpflicht des Verwahrers ist: die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit sorgfältig zu verwahren, und nach Verlauf derselben dem Hinterleger in eben dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat, und mit allem Zuwachse zurückzustellen.

1) Das preußische Gesetzbuch sagt, daß der Verwahrer nur verpflichtet sey, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleiße zu verwahren, als er bey seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu thun pflegt [1]). Geht daher der Verwahrer mit seinen eigenen Sachen leichtsinnig und sorglos um, so ist er nach dieser gesetzlichen Bestimmung auch berechtigt, mit fremden Sachen, die ihm zur Obsorge anvertraut wurden, gleich leichtsinnig zu verfahren. Nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. kommt es nicht darauf an, ob der Verwahrer mit seinen eigenen Sachen leichtsinnig oder sorgfältig umzugehen pflegt, er ist für alle Fälle verpflichtet die ihm anvertraute Sache sorgfältig, d. i. auf solche Art zu verwahren, wie ein sorgfältiger Hausvater seine eigenen zu verwahren pflegt. Es ist daher der Grad des Fleißes, den der Verwahrer für die Erhaltung der Sache anzuwenden hat, immer nach Umständen, und besonders mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache, und auf die Beträchtlichkeit ihres Werthes zu beurtheilen, weil auch ein sorgfältiger Hausvater in Bezug auf die Sachen von höherem und geringerem Werthe einen Unterschied in der Aufbewahrungsart beobachtet. — Indessen kann die Art und Weise, wie der Verwahrer seine eigenen Sachen von der Art, wie die ihm anvertraute ist, vor Schaden zu be-

1) I. Th., 14. Tit., §. 11.

wahren sucht, dem Hinterleger den Beweis der schuldbaren Sorglosigkeit erleichtern. Hat z. B. der Verwahrer seine eigenen Bücher immer in einen Bücherschrank eingesperrt, die ihm anvertrauten Bücher dagegen frey im Zimmer herumliegen lassen, so ist es offenbar, daß er seine Verpflichtung als Verwahrer vernachlässigte. — Ist die Art der Verwahrung ausdrücklich bestimmt worden; so darf sie von dem Verwahrer nicht eigenmächtig abgeändert werden. — Mit der Hauptsache wird auch die Sorge für das Zugehör übernommen (§§. 294 u. f. w.).

2) Nach Ablauf der Zeit muß der Verwahrer, weil ihm weder das Eigenthum noch das Gebrauchsrecht zusteht, das Verwahrungsstück mit allem Zugehör und mit allem Zuwachse, zu welchem auch die natürlichen Früchte eines Grundes, so wie die Nutzungen, welche aus einem Thiere entstehen, gehören (§. 405), herausgeben. — Würde dem Verwahrer zugleich ein anderes, auf die anvertraute Sache sich beziehendes Geschäft, ausdrücklich oder stillschweigend übertragen, so muß der Verwahrer auch alle aus diesem Geschäfte entsprungenen Nutzungen mit der Sache übergeben (§§. 960 u. 1009). Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hier auch, daß, wenn der Verwahrer von einem hinterlegten Capitale eigenmächtig Gebrauch gemacht, mithin Nutzen daraus gezogen hätte, er auch die ordentlichen Zinsen nach §. 994 entrichten müsse. — Allein obschon ich aus einem inneren Rechtsgefühle geneigt bin, den Satz anzunehmen, daß Niemand aus einer widerrechtlichen Handlung Vortheil ziehen solle, so bin ich doch nicht im Stande, diese Behauptung aus den Bestimmungen des Gesetzbuches zu rechtfertigen; denn eine persönliche Verpflichtung muß sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag, oder auf eine erlittene Beschädigung gründen (§. 859). Nun ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Verwahrer in dem Falle, als er eigenmächtig von einem ihm anvertrauten Capitale Gebrauch gemacht hätte, zur Bezahlung von Zinsen an den Hinterleger verpflichtete. — Herr Hofrath v. Zeiller scheint zwar dieses aus dem gegenwärtigen §. zu folgern; allein da dieser nur von Zurückstellung der Sache in dem Zustande, in welchem sie der Verwahrer übernommen hat, sammt dem Zuwachse spricht, der

Verwahrer die Sache aber nur als ein todtes Capital erhalten und daher auch nur in diesem Zustande zurückzustellen hat, von einem todten Capitale aber keine Zinsen bezogen werden, so scheint mir diese Folgerung nicht richtig. — Noch weniger aber ist die Berufung auf den §. 994 geeignet, obige Behauptung zu rechtfertigen; denn dieser spricht ausdrücklich von dem Falle, wenn Zinsen bedungen worden sind; er findet daher hier keine Anwendung. — Der Verwahrer hat zwar dadurch, daß er das Capital eigenmächtig für sich verwendete, seine Vertragspflicht übertreten (§. 958), allein die civilrechtliche Folge einer übertretenen Vertragspflicht ist lediglich nach §. 1295 die, daß der Uebertreter den daraus entstandenen Schaden zu vergüten habe. — Nun ist aber im Falle der Voraussetzung für den Hinterleger dadurch kein Schade entstanden, indem er auch ohne Vergütung von Zinsen genau dasjenige erhält, was er bey einer gewissenhaften Verwahrung erhalten haben würde. — Nur dann, wenn durch diesen eigenmächtigen Gebrauch des anvertrauten Capitals der Verwahrer außer Stand gesetzt wäre, dem Hinterleger das Capital zur bestimmten Zeit zurückzuzahlen, würde, und zwar erst von diesem Zeitpuncte an, für den Hinterleger der Schade entstehen, den er aber gleichfalls nicht durch die im §. 994 erwähnten, sondern durch die im §. 995 bestimmten (Verzögerungs-) Zinsen zu vergüten hätte (§. 1333). Der Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller steht auch der §. 965 entgegen, welcher ausdrücklich von dem Falle spricht, wenn der Verwahrer von der hinterlegten Sache Gebrauch gemacht hat, und doch denselben nur dann zu einer Leistung verpflichtet, wenn dadurch dem Hinterleger ein Schade zugegangen ist.

3) Ist eine Sache von Mehreren gemeinschaftlich hinterlegt worden, oder durch Erbfolge an mehrere Personen gediehen, so muß derjenige unter denselben, welcher sie zurückfordert, Vollmacht von den Uebrigen beybringen. — Doch scheint jeder einzelne Interessent die gerichtliche Hinterlegung der Sache verlangen zu können.

§. 962.

Der Verwahrer muß dem Hinterleger auf Verlangen die Sache auch noch vor Verlauf der Zeit zurückstellen, und kann nur den Ersatz des ihm etwa verursachten Schadens begehren. Er kann hingegen die ihm anvertraute Sache nicht früher zurückgeben; es wäre dann, daß ein unvorgesehener Umstand ihn außer Stand setzte, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren.

§. 963.

Ist die Verwahrungszeit weder ausdrücklich bestimmt worden, noch sonst aus Nebenumständen abzunehmen; so kann die Verwahrung nach Belieben aufgekündet werden.

1) Es ist schon früher erwähnt worden, daß der Verwahrungsvertrag einzig nur zum Vortheile des Hinterlegers eingegangen werde. — Ist daher in dem Verwahrungsvertrage eine Zeit bestimmt worden, so ist dadurch nur für den Verwahrer die Pflicht entstanden, die Verwahrung durch die bestimmte Zeit fortzusetzen; aber keineswegs ist dadurch auf Seite des Hinterlegers eine Verbindlichkeit erwachsen, die Sache durch die bestimmte Zeit in fremder Verwahrung zu belassen. — Eine natürliche Folge davon ist, daß er sie auch vor der bestimmten Zeit zurückfordern kann.

2) Die Verwahrungszeit kann aber entweder ausdrücklich oder auch stillschweigend bestimmt werden. Wird die Sache zu einem bestimmten Zwecke, welcher gleichfalls wieder entweder ausdrücklich erklärt, oder aus den Umständen entnommen werden kann, wie z. B. bey einer Wassers- oder Feuersgefahr, wegen einer kurzen Reise u. dgl., in Verwahrung gegeben, so endet sich mit der Erfüllung des Zweckes auch die Verwahrungszeit. — Ist gar keine Zeitfrist, weder ausdrücklich noch stillschweigend,

bestimmt worden, so kann sich der Verwahrer nach Belieben der Verwahrung wieder entledigen.

3) In der Regel hat der Verwahrer nicht das Recht, die anvertraute Sache vor der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit zurückzustellen. Ist die Verwahrungszeit ausdrücklich bestimmt, nebstbey aber auch der Zweck der Verwahrung angedeutet worden, so ist der Verwahrer selbst bey dem Hinwegfallen des Zweckes nicht berechtiget, die Sache vor der bestimmten Zeit zurückzustellen, ausgenommen, er könnte erweisen, daß die Zeitbestimmung einzig und allein auf dem angegebenen Zweck beruhte (§. 901 Nr. 6). Dauert aber in dem gesetzten Falle der angegebene Zweck auch nach Verfluß des ausdrücklich bedungenen Zeitraumes fort, so muß auch der Verwahrer noch seine übernommenen Verbindlichkeiten fortsetzen, weil anzunehmen ist, der Hinterleger habe diese Zeitbestimmung nur in der Voraussetzung gemacht, daß bis dahin der Zweck bestimmt erfüllt seyn werde.

4) Außer dem obenberührten Falle kann aber der Verwahrer auch vor der Zeit die Sache in dem Falle zurückstellen, wenn die längere Verwahrung mit Aufopferungen, wozu der Uebernehmer sich nicht verpflichtet hat, verknüpft wäre; wie z. B. in schweren, anhaltenden Krankheitsfällen, oder nach einer dem Verwahrer geschehenen Aufkündigung des zweckmäßigen Behältnisses, oder bey einer bevorstehenden Reise u. dgl. Ist der Hinterleger abwesend, oder verweigert er ohne Grund die Zurücknahme; so kann die Sache auf seine Kosten in gerichtliche Obsorge gegeben werden (§. 1425). Die Zurückstellung geschieht an dem Orte der Verwahrung um so mehr, als sich der Verwahrer zu den Kosten der Versendung nicht verpflichtet hat (§. 958).

5) Es kann hier die Frage aufgeworfen werden, ob in dem Falle, als eine Sache mehreren Personen zusammen in Aufbewahrung gegeben wird, diese mehreren Personen solidarisch zur Zurückstellung verbunden seyn? — Ist die zur Verwahrung übergebene Sache untheilbar, so ergibt sich die Beantwortung dieser Frage aus dem §. 890 von selbst. — Allein auch

in dem Falle, als die Sache an und für sich theilbar wäre, wie wenn z. B. eine Summe Geldes zur Aufbewahrung übergeben wurde, glaube ich hier eine solidarische erpflichtung der Depositare behaupten zu können; denn eben dadurch, daß der Hinterleger den Verwahrern eine bestimmte Summe ungetheilt übergibt, erklärt er sich auch stillschweigend, dieselbe ungetheilt wieder zurück übernehmen zu wollen, und die Verwahrer sind verpflichtet, die Sache in dem Zustande, in welchem sie übergeben worden, folglich gleichfalls wieder ungetheilt zu übergeben (§. 967). — Besteht die in Verwahrung gegebene Summe in einer einzigen Banknote, oder werden die Münzen in einem Behältnisse, z. B. einem Sacke übergeben, — so kann die Sache gar keinem Zweifel unterliegen, eben deßwegen, weil der Hinterleger das Recht hat, die Sache in dem nähmlichen Zustande zurückzufordern, in welchem sie übergeben worden ist.

§. 964.

Der Verwahrer haftet dem Hinterleger für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, nicht aber für den Zufall; selbst dann nicht, wenn er die anvertraute, obschon kostbarere Sache, mit Aufopferung seiner eigenen, hätte retten können.

1) Der erste Theil dieser Vorschrift fließt schon aus den allgemeinen, in dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung enthaltenen allgemeinen Vorschriften (§. 1295). Der Verwahrer hat sich durch die Uebernahme der Sache in seine Obsorge stillschweigend verbindlich gemacht, die Sache so, wie ein guter Haushälter es bey seinen eigenen Sachen zu thun pflegt, oder wie es ausdrücklich ausbedungen worden ist, zu verwahren; vernachlässigt er dieses, so übertritt er seine Vertragspflicht, und er hat daher den daraus hervorgehenden Schaden zu ersetzen.

2) Auch derjenige, welcher sonst aus Verträgen nicht belangt werden kann, ist dennoch die seiner Verwahrung anvertraute Sache zurückzugeben rechtlich verpflichtet. — Er kann

aber nicht verhalten werden, die Sache bis nach Auslauf der bestimmten Zeit in seiner Verwahrung zu behalten, sondern er kann eben darum, weil er sich durch Vertrag nicht verbindlich machen kann, die Sache auch vor der bestimmten Zeit wieder zurückzustellen. — Zur Zurückgabe der Sache ist er auch nicht aus dem Verwahrungsvertrage, sondern aus dem Grunde verpflichtet, weil ihm durch den Verwahrungsvertrag kein Recht auf die Sache eingeräumt worden ist, er aber ein Recht auf die Sache behaupten müßte, wenn er dem Eigenthümer dieselbe vorenthalten wollte. — Ist einem Minderjährigen, welcher bereits das zwanzigste Jahr zurückgelegt, und sich bey der Uebernahme der Sache in seine Gewahrsame für großjährig ausgegeben hat, eine Sache in Aufbewahrung gegeben worden, so ist er zwar auch in diesem Falle nicht an den Vertrag dergestalt gebunden, daß er durch die bestimmte Zeit die Sache in seiner Verwahrung behalten müßte, — leidet aber die Sache während er sie in Verwahrung hat, aus Mangel der gehörigen Obsorge, einen Schaden, so ist er, wenn der Hinterleger vor Abschließung des Verwahrungsvertrages nicht wohl erst Erkundigung über die Wahrheit des Vorgebens einhohlen konnte, dafür verantwortlich (§. 248). Außer diesem Falle hat er aber dem Hinterleger nur jenen der Sache zugegangenen Nachtheil zu vergüten, welchen er durch eine verbothene Handlung, z. B. durch Veruntreuung, oder durch sein Verschulden (abgesehen von einer Vertragspflicht) verursachet hat.

3) Einen bloß zufälligen Schaden ist der Verwahrer für keinen Fall zu ersetzen schuldig, obschon der Zufall die Sache in den Händen des Hinterlegers nicht getroffen haben würde. — Der Verwahrer kann auch nicht verpflichtet werden, die fremde, obgleich kostbarere Sache, mit Aufopferung seiner eigenen, zu retten.

§. 965.

Hat aber der Verwahrer von der hinterlegten Sache Gebrauch gemacht, hat er sie ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder die Zurückstellung verzögert, und die Sache leidet ei-

nen Schaden, welchem sie bey dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre; so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet.

1) Ein bloßer Verwahrer, der von der Sache, ohne hierzu von dem Deponenten eine Bewilligung erhalten zu haben, für sich einen Gebrauch macht, z. B. eine Sackuhr gleich seiner eigenen mit sich herumträgt; der sie ohne rechtlichen Grund, oder ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Hinterlegers Jemanden in Verwahrung gibt; oder die Zurückstellung verzögert (§§. 961 u. 962), übertritt seine Vertragspflicht, und ist daher für allen daraus entstehenden Nachtheil verantwortlich (§. 1295).

2) Der gegenwärtige §. dehnt aber die Ersatzespflicht des Verwahrers sogar auf einen Zufall aus, und scheint somit von der Vorschrift des §. 1311 eine Ausnahme zu machen. Allein diese Ausnahme ist nur scheinbar. Es muß nähmlich nach der unverkennbaren Absicht des Gesetzgebers (§. 6) der Inhalt des gegenwärtigen Paragraphes auf den Fall beschränkt werden, wenn der Zufall die Sache während des widerrechtlichen Actes getroffen hat. — Wenn daher z. B. derjenige, dem eine Sackuhr zur Aufbewahrung übergeben worden, selbe, weil er seine eigene gerade repariren läßt, auf die Reise mitnimmt, und ihm jene auf der Reise von Räubern abgenommen wird, so kann er diesen Zufall nicht vorschützen, um sich von der Ersatzleistung zu befreyen, weil, wenn er seiner Verpflichtung als Verwahrer nachgekommen wäre, dieser Zufall der Sache nicht geschadet hätte. Es ist also hier von keinem bloßen Zufalle mehr die Rede, und die Verantwortlichkeit des Verwahrers geht daher schon aus dem §. 1311 selbst hervor. — Hätte dagegen der Verwahrer die Uhr zu seinem Gebrauche auf der Reise verwendet, wäre glücklich zurückgekommen, und dieselbe wäre ihm dann in der darauf folgenden Nacht durch Diebe aus seinem versperrten Kasten entwendet worden, so könnte ihm dieser Zufall nicht zugerechnet werden, weil derselbe durch die Uebertre-

tung seiner Vertragspflicht nicht veranlaßt wurde, sondern sich auch ohne dieser ereignet hätte.

3) Aus dieser Bemerkung geht zugleich hervor, daß die Worte des gegenwärtigen §.: „welchem sie bey dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre" sich nur auf den in dem §. berührten letzteren Fall beziehen, und auf die beyden ersteren nicht ausgedehnt werden können; — denn der gegenwärtige §. geht offenbar von dem Grundsatze aus, daß der Verwahrer auch jenen zufälligen Nachtheil zu verantworten habe, welcher sich nicht ereignet haben würde, wenn er seinen Verpflichtungen als Verwahrer genau nachgelebt hätte. — Hat daher der Verwahrer mit der Uebergabe gezögert, und die Sache leidet dann bey ihm einen Schaden, den sie bey dem Hinterleger nicht erlitten haben würde, so liegt nach obigem Grundsatze seine Verantwortlichkeit am Tage, weil dieser Nachtheil nicht erfolgt wäre, wenn der Verwahrer seiner Verpflichtung in Zurückstellung der Sache nachgekommen wäre. Setzen wir dagegen den Fall, daß der Verwahrer die Sache ohne Noth und Erlaubniß seinem Nachbar übergeben hätte, — und während dieser Zeit in dem Hause des ersteren Feuer ausgebrochen wäre, welches auch das Haus dieses Nachbars ergriffen, und in beyden Häusern dadurch ein großer Theil der Mobilien, worunter auch die anvertraute fremde Sache, zu Grunde gegangen wäre; wie könnte der Verwahrer wohl deßwegen, weil die Sache bey dem Hinterleger selbst keinen Schaden gelitten hätte, zu einem Ersatze verhalten werden? Ein anderes wäre der Fall, wenn bloß das Haus des Nachbars abgebrannt, und daher die Sache in dem Hause des Verwahrers selbst vom Untergange frey geblieben wäre; denn nur in diesem Falle hätte sich der Nachtheil nicht ereignet, wenn der Verwahrer seine Verpflichtung getreu erfüllet hätte. — Die Richtigkeit dieser gemachten Bemerkung wird über allen Zweifel erhoben, wenn man den §. 138 des 3. Theils des gallizischen Gesetzbuches mit der Anordnung des gegenwärtigen §. vergleicht. Er lautet: „Hat aber der Verwahrer von der hinterlegten Sache einigen Gebrauch gemacht, hat er sie ohne Noth und ohne

Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder mit der Zurückstellung dergestalt verzögert, daß die Sache, welche bey dem Hinterleger nicht gefährdet gewesen wäre, bey ihm Schaden litt; so kann er keinen Zufall vorwenden, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet." Hier ist es offenbar, daß der Beysatz: „welche bey dem Hinterleger nicht gefährdet gewesen wäre," sich nur auf den letzteren Fall beziehe. Der Grund der abweichenden Textirung des gegenwärtigen §. scheint aber bloß darin zu liegen, weil man aus den Worten des §. 138 des gallizischen Gesetzbuches schließen möchte, daß aus der Verzögerung selbst die Gefährdung hervorgehen müsse, wie z. B. wenn der Verwahrer sich an einem Orte befände, welcher der Gefahr einer feindlichen Plünderung ausgesetzt ist.

4) Uebrigens folgert Herr Hofrath v. Zeiller aus dem §. 1298, welcher anordnet, daß derjenige, welcher vorgibt, an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden zu seyn, den Beweis zu führen habe, sehr richtig, daß auch hier dem Verwahrer die Vermuthung nicht zu Guten komme, der Schade sey in einem bloßen Zufalle gegründet, sondern derselbe den Beweis dieses Umstandes liefern müsse.

§. 966.

Wenn Sachen verschlossen oder versiegelt hinterlegt, und in der Folge das Schloß oder Siegel verletzt worden; so ist der Hinterleger, wenn er einen Abgang behauptet, zur Beschwörung seines Schadens, in so fern derselbe nach seinem Stande, Gewerbe, Vermögen und den übrigen Umständen wahrscheinlich ist, nach Vorschrift der Gerichtsordnung zuzulassen; es wäre denn, daß der Verwahrer beweisen könnte, daß die Verletzung des Schlosses oder Siegels ohne sein

Verschulden geschehen sey. Das Nähmliche hat auch dann zu gelten, wenn sämmtliche auf solche Art hinterlegte Sachen in Verlust gerathen sind.

1) Wer Sachen versiegelt oder verschlossen empfangen hat, und das Verwahrungsstück in eben dem Zustande (versiegelt oder verschlossen) wieder zurückstellt, hat eben daraus die natürliche Vermuthung für sich, daß er alle darin enthalten gewesene Stücke unversehrt zurückgebe. — Dem Hinterleger, welcher das Gegentheil und eine Ersatzpflicht behauptet, liegt also der Beweis ob, daß arglistiger Weise, oder aus Nachlässigkeit des Verwahrers, z. B. mittelst des entwendeten oder eines nachgemachten Schlüssels oder Siegels, eine Veränderung oder Verschlimmerung des anvertrauten Gutes geschehen sey.

2) Wenn dagegen das Verwahrungsstück eröffnet gefunden wird, so streitet die Vermuthung für den Hinterleger, daß es aus der unlautern Absicht, zur Unterschlagung oder Benützung der darin enthalten gewesenen Gegenstände, eröffnet, und ein Abgang oder eine Verschlimmerung bewirkt worden sey. — Daraus ist also die Richtigkeit (des Quale, wie die Practiker sich ausdrücken), einer (noch unbestimmten) Ersatzforderung des Hinterlegers anzunehmen [1]).

3) Zufolge der Gerichtsordnung kann in Rücksicht einer solchen Forderung der Schätzungseid über den Betrag (des Quantum) angebothen werden (§. 217). Das Gesetz bindet aber hier die Zulassung des Eides an eine doppelte Bedingung; es muß nähmlich a) der Richter sich die Ueberzeugung verschaffen, daß der von dem Hinterleger behauptete Schaden auch nach dem Stande, Gewerbe und Vermögen desselben, und nach den übrigen Umständen wahrscheinlich sey. Die übrigen Umstände beziehen sich theils auf die Art der Beschädigung des Schlosses oder Siegels, indem auch daraus die Wahrscheinlichkeit erhellen muß, daß der Koffer oder das Felleisen geöffnet waren; theils auf die die Uebergabe der Sache in die Verwahrung

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1. u. 2.

begleitenden Umstände, ob nähmlich der Hinterleger dem Uebernehmer die anvertrauten Gegenstände vor der Verschließung vorgezeigt, oder ihm ein schriftliches Verzeichniß davon übergeben, oder auf die Beschaffenheit und den Betrag derselben aufmerksam gemacht habe; theils darauf, ob der Hinterleger darthue, daß er kurz vor der Uebergabe dergleichen Sachen besessen habe. — Es darf ferners b) der Verwahrer nicht den Beweis geliefert haben, daß die Verletzung des Siegels oder des Schlosses ohne sein Verschulden geschehen sey; weil hier die Vermuthung einer widerrechtlichen Handlung gar keine Rechtfertigung zuließe. Findet nun der Richter den angegebenen Schaden nicht wahrscheinlich, oder beweiset der Verwahrer, daß die Verletzung des Schloßes oder Siegels ohne sein Verschulden geschehen sey, so müßte der Hinterleger beweisen, welche und wie viele Sachen er in dem Koffer oder Felleisen verschlossen hinterlegte, und wie viele er davon zurückerhielt. Dadurch ist nun nicht bloß eine Vermuthung, sondern der wirkliche Beweis über den Abgang hergestellet; und es ist sohin der Fall des §. 214 der G. O. lit. c vorhanden, welche Gesetzesstelle dahin lautet, daß, wenn Jemand das in der bestimmten Zeit nicht übergibt, liefert oder verrichtet, was er zu übergeben, zu liefern oder zu verrichten schuldig zu seyn wohl weiß; der Gegner in einem solchen Falle zuzulassen sey, seinen Schaden zu beschwören. — Dieser ist befugt, alles dasjenige einzurechnen, was ihm insbesondere daran liegt, sein Recht in der gehörigen Zeit nicht erhalten zu haben, es möge solches in einem zugegangenen Schaden oder entgangenen Nutzen bestehen. — Wenn er diesen seinen Schaden zu hoch schätzte, soll ihn der Richter in dem Urtheil nach Billigkeit, doch immer mit mehrerer Rücksicht auf den Beschädigten, mäßigen, und den Kläger zulassen, den gemäßigten Betrag zu beschwören [1]).

4) Sind sämmtliche auf solche Art hinterlegte Sachen, z. B. der verschlossene Koffer, das versiegelte Felleisen u. s. w. in Verlust gerathen, so wird der Hinterleger den Ersatz des

1) §§. 215 u. 216 der allgemeinen G. O.; §§. 288 u. 290 der galliz. G. O.

Behältnisses, in welchem die Sachen eingeschlossen waren, also hier des Koffers oder Felleisens, dann den der eingeschlossenen Sachen ansprechen. — Rücksichtlich des Ersatzes des Behältnisses selbst ist ganz nach der Vorschrift des §. 214 der G. O., dagegen in Ansehung der eingeschlossenen Sachen nach der des gegenwärtigen §. zu verfahren [1]). — Daß aber hier, wie in dem citirten Werke behauptet wird, der Hinterleger statt einer Verletzung des Schlosses oder Siegels den Umstand beweisen müsse, daß der Verwahrer das Depositum nicht zurückgegeben habe, halte ich nicht für ganz richtig. Nach meinem Ermessen kann die Klage ursprünglich nur auf die Zurückstellung des anvertrauten verschlossenen Behältnisses gerichtet seyn, und der Kläger wird somit lediglich zu erweisen haben, daß er dem Gegner den verschlossenen Koffer, oder das versiegelte Felleisen in Aufbewahrung übergeben habe. — Läßt sich nun der Geklagte in eine Beantwortung der Klage ein, so wird er entweder selbst als Einwendung vorbringen, daß ihm das Behältniß in Verlust gerathen sey; oder er wird hievon schweigen, und sich auf eine andere Art gegen die Verurtheilung zur Zurückstellung zu schützen suchen. Im ersten Falle wird nun der Kläger berechtiget seyn, seine Bitte in das Begehren um Ersatz des Schadens abzuändern, im zweyten Falle wird der Richter auf Zurückstellung des übergebenen verschlossenen Behältnisses erkennen, was auch in dem Falle geschehen würde, wenn der Geklagte gar keine Rede und Antwort auf die Klage gegeben hätte. — Kömmt es nun zur Execution, so wird der Kläger den Richter bitten, dem Gerichtsbedienten aufzutragen, daß er dem Beklagten das verschlossene Behältniß mit den darin befindlichen Sachen abnehme (§. 305 der G. O.), und da vorausgesetzt dasselbe in Verlust gerathen ist, wird der Gerichtsdiener die Relation dahin erstatten, daß er dasselbe nicht vorgefunden habe. — Nun wird der Kläger berechtiget seyn, den Werth der

1) Man sehe das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österr. allgemeinen Gerichts- und Concursordnung vom 1. May 1781. Von Herrn Hofrathe Joachim Füger, zweyte von Herrn Dr. Joseph Wessely bearbeitete Auflage. Wien 1820. 2. Th., S. 46 — 49.

Sache und seinen Schaden einzuklagen (eben da §. 306). Er kann aber auch, um die Sache zu verkürzen, und sich einen doppelten Prozeß zu ersparen, gleich bey der ersten Klage das alternative Begehren stellen, entweder ihm das verschlossene Behältniß sammt den darin befindlichen Sachen zurückzustellen, oder den Werth desselben zu ersetzen.

5) Es ist bereits erwähnt worden, daß die für den Hinterleger streitende Vermuthung (Nr. 2) durch den Beweis des Verwahrers, daß die Eröffnung und der Schade ohne sein Verschulden durch einen bloßen Zufall, z. B. durch Brand, Ueberschwemmung, räuberischen Ueberfall u. s. w. verursacht worden sey, gänzlich entkräftet werde. — Es entsteht aber nun die Frage, ob diese Behauptung auch dann von Anwendung sey, wenn der Fall des vorigen §. eintritt, und der Verwahrer die Sache ohne Noth und Erlaubniß einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder die Zurückstellung der Sache verzögert hätte? — Ich glaube diese Frage bejahend beantworten zu müssen; denn obgleich hier dem Verwahrer durch die Uebertretung seiner Vertragspflicht ein Verschulden zur Last fällt, so wird doch durch die Herstellung des Beweises, daß die Eröffnung durch einen Zufall bewirkt worden sey, die Vermuthung der unlautern Absicht (Nr. 2) zerstöret. — Nur in dem Falle, als durch Verschulden desjenigen, dem der Verwahrer das Verwahrungsstück weiters anvertraut hat, die Eröffnung geschehen wäre, könnte dem Hinterleger der hier vorbehaltene Beweis durch den Schätzungseid nicht entzogen werden.

§. 967.

Pflichten und Rechte des Hinterlegers.

Der Hinterleger ist verpflichtet, dem Verwahrer den schuldbarer Weise zugefügten Schaden, und die zur Erhaltung der verwahrten Sache oder zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu ersetzen. Hat der Verwahrer im Nothfalle, um das hinterlegte Gut zu retten, seine eigenen Sachen aufgeopfert; so

kann er einen angemessenen Ersatz fordern. Die wechselseitigen Forderungen des Verwahrers und Hinterlegers einer beweglichen Sache können aber nur binnen dreyßig Tagen von Zeit der Zurückstellung angebracht werden.

1) Ursprünglich aus dem Verwahrungsvertrage ist, wie v. Zeiller bemerkt (außer dem Falle eines ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Lohnes für die Verwahrung §. 969), nur der Verwahrer verpflichtet; allein in der Folge kann aus einem verursachten Schaden oder Kostenaufwande auch der Hinterleger dem Verwahrer verpflichtet werden. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn eine mit einem verborgenen, ansteckenden Mangel behaftete Sache in Verwahrung gegeben worden wäre. Allein die Verpflichtung, die daraus für den Hinterleger entsteht, geht eigentlich nicht aus der Natur des Verwahrungsvertrages, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz und Genugthuung hervor.

2) Ein Gleiches ist der Fall, wenn der Verwahrer zur Erhaltung des Verwahrungsstückes einen nothwendigen, oder zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht hat; denn hat er in dem Verwahrungsvertrage ausdrücklich oder stillschweigend die Verpflichtung zur Bestreitung eines solchen Aufwandes eingegangen, so ist er in dieser Hinsicht als ein Bevollmächtigter anzusehen (§§. 960); oder wenn dieses nicht wäre, als ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln (§. 1036 u. 1037). Wenn also dem Verwahrer weder ausdrücklich noch stillschweigend von dem Hinterleger auch das Recht eingeräumt worden ist, zum Nutzen des letzteren einen Aufwand zu machen, so ist er gehalten, wenn er dessenungeachtet zur Beförderung des bloßen Vortheils des Hinterlegers etwas zu unternehmen gedenket, sich vorerst um dessen Einwilligung zu bewerben; hat er dieses unterlassen, so ist ihm der Hinterleger die verwendeten Kosten nur in so weit zu ersetzen schuldig, als diesem dadurch ein klarer und überwiegender Vortheil zugegangen ist (§. 1037).

3) Zu dem nothwendigen Aufwande gehört auch die freywillige (§. 964) Aufopferung seines Eigenthums zur Rettung der hinterlegten Sache. — Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt dabey in seinem Commentare, daß der Verwahrer, wenn die Rettung mit einem minderen Aufwande geschehen konnte, auch nur diesen fordern könne, und den überwiegenden Schaden sich selbst zumessen müsse. Allein ich kann dieser Behauptung nicht beypflichten; denn nach §. 964 ist der Verwahrer zur Rettung der ihm anvertrauten Sache nicht verpflichtet, wenn diese nur mit Aufopferung seiner eigenen, obgleich minder kostbaren Sache zu bewerkstelligen möglich war. Ist also der Verwahrer zu einem Aufwande, um die anvertraute Sache zu retten, überhaupt nicht verpflichtet, so kann er auch um so weniger dafür verantwortlich seyn, wenn er zur Rettung derselben einen größeren Aufwand gemacht hat, als nothwendig gewesen wäre. — Der §. 1304, auf den sich berufen wird, ist hier von keiner Anwendung, indem der Verwahrer dadurch, daß er dem Hinterleger die Sache rettete, wozu er nicht verpflichtet gewesen wäre, demselben nur einen Vortheil verschafft, und keinen Schaden zugefügt hat. Würde der gemachte Aufwand den Werth der Sache übersteigen, so stünde es dem Hinterleger frey, die Sache dem rettenden Verwahrer zu überlassen (§. 703 Nr. 3). Eine besondere Belohnung, so wie sie im §. 403 festgesetzt ist, scheint aber der Verwahrer nicht ansprechen zu können, weil einerseits der gegenwärtige §. davon nichts erwähnt, und andererseits zwischen der Rettung einer fremden Sache, von welcher der gegenwärtige §. spricht, und der, von welcher der §. 403 handelt, der wichtige Unterschied obwaltet, daß im Falle des gegenwärtigen §. der Retter eine Person ist, welcher die Verpflichtung auf sich hat, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern, der Retter im Falle des §. 403 in Bezug auf die gerettete Sache gar keine Verpflichtung gegen den Eigenthümer hat.

4) Das Gesetz hat hier in Bezug auf *bewegliche* Verwahrungsstücke aus dem Grunde eine kürzere Verjährungszeit der wechselseitigen Forderungen festgesetzt, weil es einerseits leicht ist, sie innerhalb dieses Zeitraumes anzubringen und es anderer-

seits sehr schwierig ist, nach einer längeren Zeitfrist mit Zuverlässigkeit darüber zu erkennen. Die wechselseitigen Forderungen aus der Obsorge über ein unbewegliches Gut unterliegen der ordentlichen Verjährungszeit (§. 1479). Ein Retentionsrecht hat aus dem Grunde einer Gegenforderung nicht Statt (§. 471) [1].

§. 968.

Sequester.

Wird eine in Anspruch genommene Sache von den streitenden Parteyen oder vom Gerichte Jemanden in Verwahrung gegeben, so heißt er Verwahrer, Sequester. Die Rechte und Verbindlichkeiten des Sequesters werden nach den hier festgesetzten Grundsätzen beurtheilt.

1) Die Fälle, in welchen eine Sache auf Ansuchen einer oder beyder Parteyen oder auch Amteswegen vom Gerichte einem Dritten zu Obsorge anvertraut wird, kommen theils an verschiedenen Orten des bürgerlichen Gesetzbuches selbst, theils in der Gerichtsordnung vor. Fälle der ersteren Art enthalten die §§. 347, 348, 471, 1135 u. 1136.

2) Fälle der letzteren Art sind:

a. Wenn zwischen dem Kläger und Beklagten streitig ist, welchem Theile der Besitz einer Sache oder Gerechtsame gebühre, und kein Theil sein Recht sogleich erweisen kann, soll auf Begehren eines oder des anderen Theiles die Sequestration, oder da es thunlich ist, die Erlegung der streitigen Sache zu Gerichtshanden verwilliget werden [2].

b. Da der Kläger eine Sache oder Gerechtsame ansprüchig macht, in derem Besitze der Geklagte sich befindet, und eine Gefahr erweislich macht, daß der Beklagte solche während dem Prozesse veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen dürfte, stehet demselben gegen Darbiethung hinlänglicher Sicherheit für den dem Beklagten erwachsenen Schaden bevor, um die Sequestration anzulangen, worüber sogleich eine Tagsatzung

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 3.
2) A. G. O. §. 292.; G. G. O. §. 387.

anberaumet, der Beklagte mit seinen Behelfen gehöret, und bey erwiesener Gefahr, gegen Leistung hinlänglicher Sicherheit, die Sequestration bewilliget werden soll [1]). Nach der gallizischen Gerichtsordnung [2]) kann auch eine Sache, die der Kläger nicht anspricht, sondern der Beklagte eigenthümlich besitzet, in denjenigen Fällen sequestriret werden, in welchen der Arrest Statt hätte.

c. Wenn der Kläger auf Früchte oder Gefälle die Execution führen will, soll der Richter auf dessen Anlangen ihm hierauf das Pfandrecht ertheilen, und verwilligen, daß zu dem Ende der Spruch oder Vertrag, falls die Früchte eines liegenden Gutes in die Execution gezogen werden wollen, bey der Landtafel oder bey dem Stadt- oder Grundbuche vorgemerket, dann, daß ein Sequester zur Einhebung dieser Früchte oder Gefälle aufgestellet werde [3]).

d. Wenn die Execution auf ein fahrendes Gut des Schuldners geführt, und der Richter die Pfändung desselben bewilliget, soll der mit der Pfändung beauftragte Gerichtsdiener die gepfändeten Güter auf Verlangen des Klägers, und auf dessen Gefahr einem Dritten in Verwahrung geben, oder, wenn es kostbare und leicht zu übertragende Sachen wären, in gerichtliche Verwahrung bringen [4]).

3) Nachdem die Sequestration bewilliget worden ist, sollen beyde Theile binnen 14 Tagen nach der ergangenen dießfälligen Verordnung oder zugestellten Erkenntniß sich über den aufzustellenden Sequester vergleichen, und ihn während den gedachten 14 Tagen dem Gerichte vorschlagen. Hätten sie sich darüber nicht verglichen, und entweder gar keinen, oder jeder Theil einen andern in Vorschlag gebracht, soll der Richter einen auf ihre gemeinsame Gefahr aufstellen [5]). Bey der Sequestration im Wege der Execution aber ist der Sequester von dem Executionsführer in Vorschlag zu bringen, von der Stelle zu

1) A. G. O. §. 293.; G. G. O. §. 388.
2) §. 388.
3) A. G. O. §. 320.; G. G. O. §. 422.
4) A. G. O. §§. 340 — 343.; G. G. O. §§. 453 — 456.
5) A. G. O. §§. 294 u. 295.; G. G. O. §§. 390 u. 391.

erwählen, dem Schuldner nahmhaft zu machen, und wenn dieser nichts einwendete, es bey jenem bewenden zu lassen [1]). Nach der gallizischen Gerichtsordnung [2]) hat der Richter den vom Executionsführer in Vorschlag gebrachten Sequester dem Gegentheile nahmhaft zu machen, daß er seine Einwendung gegen denselben binnen 3 Tagen so gewiß anbringen soll, als widrigenfalls der Vorgeschlagene ohne weiters bestätiget werden würde. — Falls nun darüber Einwendungen angebracht werden, so hat der Richter beyde Theile ohne Verzug vorzufordern, und wenn dieselben über die Person des Sequesters nicht einig werden sollten, selbst den Sequester zu bestellen.

4) Wenn wegen einer früher bewilligten Sequestration einer Realität bereits für dieselbe ein Sequester aufgestellt wäre, und aber auch einen späteren Sequestrationswerber die Sequestration derselben Realität bewilliget werden würde; so ist hinsichtlich dieser späterhin bewilligten Sequestration kein neuer Sequester aufzustellen, sondern der gelegenheitlich der früheren Sequestration bereits bestellte Sequester anzuweisen, bey der Verwaltung des Gutes und Legung der Sequestrations-Rechnung, auch auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen [3]). Bey Sequestration der Berg-, Poch- und Schmelzhütten und sonstigen Werkgaden ist angeordnet, daß sich die Parteyen gleich bey der oben erwähnten vorgesehenen Tagsatzung ohne Gestattung einer Frist über den aufzustellenden werkskündigen Sequester vergleichen und dem Gerichte vorschlagen sollen, widrigens der Richter sogleich einen auf ihre gemeinsame Gefahr aufstellen soll [4]).

5) Die Rechte und Pflichten der gerichtlichen Verwahrer sind im Allgemeinen aus dem gegenwärtigen, und wenn ihnen zugleich eine Verwaltung obliegt, aus dem zweyundzwanzigsten Hauptstücke zu ersehen; in so fern nicht die speciellen Vorschriften der Gerichtsordnung dießfalls Abweichungen oder nähere Bestimmungen enthalten. — Es müssen daher dießfalls auch die besonderen

1) Hofdecret vom 31. October 1800; J. G. S. Nr. 512, §. 2.
2) §. 423.
3) Hofdecret vom 6. May 1814; J. G. S. Nr. 1035.
4) Patent vom 1. November 1731; J. G. S. Nr. 27, §, 21.

Vorschriften der Gerichtsordnung vor Augen gehalten werden. — Diese lauten nun dahin:

Jeder Sequester wird von dem Gerichte mit einem Anstellungsdecrete versehen, worin er angewiesen wird, die sequestrirte Sache oder Gerechtsame als ein guter Hauswirth zu besorgen, und die Nutzungen da zu erlegen, wo es der Richter zur Sicherheit und nach Vernehmung beyder Theile anordnen wird [1]; und zwar hat der Sequester die Interessen von den auf die sequestrirte Realität bereits früher vorgemerkten Capitalien, so weit die Einkünfte reichen, nach Ordnung der Priorität der Capitalien den betreffenden Gläubigern abzuführen [2]. — Auch soll er längstens binnen dreyßig Tagen nach Verfließung jeden Jahres seine Rechnung bey Gerichte einreichen; der Richter aber hat diese beyden Theilen zu Händen des Klägers, falls sich die Parteyen eines andern nicht verglichen hätten, zur Genehmhaltung oder Bemängelung zustellen zu lassen, wo sodann, wie mit jeder anderen Rechnung, zu verfahren ist [3]. — Würde die Legung der rückständigen Rechnungen durch ein ganzes Jahr vergebens betrieben werden, so soll es bey den bloßen Betreibungsdecreten nicht belassen, sondern zur wirklichen Abnahme der Vermögens-Verwaltung geschritten, und der säumige Rechnungsleger auf dessen Kosten durch einen aufzustellenden Vertreter zur Rechnungslegung im ordentlichen Wege der Execution betrieben werden [4].

6) Ueber die Art und Weise, wie die Gerichte selbst vorzugehen haben, wenn ihnen eine Sache (bares Geld, Schuldbriefe, Pretiosen u. s. w.) zur Aufbewahrung übergeben wird, enthält die allgemeine Instruction für die Justizstellen vom 9. September 1785; J. G. S. Nr. 464 [5]) und die nachgefolgten, darauf Bezug nehmenden Verordnungen die näheren Bestimmungen. — Damit nähmlich die zu Händen der Gerichtsstellen gelangenden Depositen mit Verläßlichkeit besorgt werden, hat das Präsidium einen wohlverwahrten, gegen das Einbrechen nach

1) A. G. O. §. 296; G. G. O. §. 392.
2) Hofdecret vom 12. October 1790; J. G. S. Nr. 83.
3) A. G. O. §. 297; G. G. O. §. 393.
4) Hofdecret vom 26. April 1790; J. G. S. Nr. 17.
5) 2. Abtheilung, 9. Abschnitt.

Möglichkeit gesicherten, Ort in dem Gerichtshause zu bestimmen, und dahin eine nach Verhältniß der einlangenden Depositen hinlänglich geräumige eiserne Truche zur Depositencasse anzuschaffen, welche an dem Boden fest anzuschrauben, und mit einem starken dem Einbrechen nicht leicht ausgesetzten Schlosse in der Mitte nebst Arben an der Seite zu verschiedenen starken Anhängschlössern zu versehen ist, daß also die Cassetruche unter mehrere Schlüssel gehalten werde (§. 71). Die Stelle hat für die Depositencasse in solidum zu haften. Zur Besorgung derselben sind bey einer allgemeinen Rathsversammlung durch Mehrheit der Stimmen so Viele zu benennen, als die Stelle nöthig findet. Jedes dieser Individuen ist mit einem eigenen Schlüssel zu versehen, so, daß die Casse ohne gemeinschaftliches Einverständniß der benannten Individuen nicht geöffnet werden könne (§. 72). In die Depositencasse soll ohne schriftlichen Auftrag der Gerichtsstelle, welcher jedes Mahl bey den Commissionsacten aufzubehalten ist, nichts eingenommen, und eben so ohne schriftlichen Auftrag nichts daraus erfolgt werden (§. 73). Eine Partey, die sich wegen Uebergebung eines Depositums meldet, ist vor die Rathsversammlung, außer welcher kein Depositum anzunehmen ist, zu fordern. Hier hat sie dem Vorsitzführenden das Depositum selbst, dann auch die schriftliche Anzeige darüber in drey Exemplaren zu überreichen, und darin nebst dem Nahmen des Deponenten genau auszudrücken, worin das Depositum eigentlich bestehe, und in welcher Absicht es eingelegt werde (§. 74). Wenn das Depositum zur gerichtlichen Uebernahme geeignet ist, so muß das Erlagsanbringen in dem Einreichungs-Protocolle desselben Tages, an welchem der Erlag geschieht, sogleich vorgemerkt, und durch den Secretär dahin decretiret werden, daß die Depositencommission das Erlegte in die Depositencasse zu übernehmen habe. — Die Depositencommissäre haben sich alsdann mit der Partey sogleich an den Ort der Depositencasse zu begeben, daselbst die Eigenschaft des Depositums in Augenschein zu nehmen, und sich über die Richtigkeit desselben zu versichern, die Barschaft mit aller Vorsicht und Verläßlichkeit zu zählen, den Geldsäcken, oder wo es sonst immer thunlich, das

Petschaft der deponirenden Partey aufdrücken zu lassen. Nach hergestellter Richtigkeit wird auf alle drey ihnen zu decretirte Anbringen der Erlagsschein ausgefertiget, in welchem der eigentliche Betrag und die Beschaffenheit des Depositums genauer ausgedrückt, und zugleich das Folium, in welchem das Depositum in dem Protocolle der Depositencommission einkömmt, angezeigt werden muß. Diese Erlagsscheine haben die Depositencommissäre zur Bewährung insgesammt zu unterfertigen (§. 75). Von den drey, mit den Erlagsscheinen versehenen Anbringen, halten die Commissäre eines zu ihrer Bedeckung zurück, die beyden übrigen aber sind bey der Rathsversammlung desselben Tages, oder, wenn sie schon geendiget wäre, bey der nächsten Rathssitzung ohne Verzug zu überreichen; ein Exemplar muß in der Registratur aufbehalten und das andere dem Expeditor, um solches der Partey auf Anmelden und gegen Entrichtung der Taxe hinauszugeben, zugestellt werden (§. 76). Wenn die Erfolglassung eines gerichtlichen Depositums geschehen soll, ist das gehörig instruirte Erfolglassungsgesuch bey dem Einreichungsprotocolle einzugeben, wie die übrigen Exhibiten zu behandeln, und die angesuchte Erfolglassung in die nöthige Berathschlagung zu nehmen. In dem hierauf zu ertheilenden Bescheide muß der Betrag und die Beschaffenheit des Depositums wohl ausgedrückt, auch gegen wessen Quittung die Erfolglassung geschehen könne, deutlich bestimmt werden. — Jeder Bescheid über eine bewilligte Erfolglassung ist nicht bloß von dem Secretär zu unterfertigen, sondern das Präsidium hat auch: Gesehen, eigenhändig beyzusetzen, und das Amtssiegel aufdrücken zu lassen; wo sodann dieses erledigte Originalanbringen der Partey auszuhändigen ist, damit sich diese der Erfolglassung halber bey den Depositencommissären an dem in dem Bescheide auszudrückenden Orte, Tag und Stunde anmelden könne (§. 78). Von dem ertheilten Bescheide ist den Depositencommissären sogleich eine Abschrift in der Absicht zu ertheilen, damit sich diese um die der Partey bestimmte Zeit zur Leistung der Erfolglassung einfinden. — Die Partey, welche die Erfolglassung verlangt, hat sich mit Einlegung des Originalbescheides zu legitimiren,

worauf gegen eine legale Originalquittung desjenigen, an welchem die Erfolglassung bewilliget worden, das in dem Bescheide ausgedrückte Depositum sogleich zu erfolgen, die Originalbewilligung aber sammt der Quittung bey dem Protocolle in einem hierzu bestimmten verschlossenen Kasten aufzubehalten ist (§. 78). Ueber das sämmtliche Depositenwesen ist ein genaues Protocoll zu führen, in dieses jedes Mahl das Datum der geschehenen Depositirung, der Nahme des Deponenten, die Ursache des Erlages, und wem das Depositum eigentlich gehöre, der Betrag und die Beschaffenheit des Depositums, das Datum der wegen Zurückstellung ergangenen Verordnung und die wirklich geschehene Verabfolgung einzutragen, endlich ist dieses Protocoll von dem hierzu bestimmten Individuum eigenhändig zu führen, und Post für Post von den Commissären nach der ordentlichen Vidirung und befundener Richtigkeit zu unterfertigen (§. 79). Auch in dem Rathsprotocolle ist mit wenigen Worten der Nahme desjenigen, der das Depositum überbracht hat, und die damit geschehene ordentliche Benehmung einzutragen. Es ist aber bey der Rathsversammlung selbst von einem hierzu eigens ernannten Rath ein Register über alle vorkommende Depositen zu führen, welches dem Depositenprotocolle zu einiger Controlle dienen kann (§. 80). In diesem Controllirungsprotokolle ist die geschehene Erfolglassung, das Datum der dießfalls ergangenen Verordnung, der Tag, die Person, an welche eigentlich die Erfolglassung geschehen, mit Berufung auf die erhaltene Quittung anzuzeigen, und jede dießfalls geschehene Eintragung von den ernannten Commissären selbst mittelst ihrer Fertigung zu bekräftigen (§. 81). Am Ende eines jeden Jahres haben die Commissäre dem Vorsitzer der Stelle ein Verzeichniß der im Jahre vorkommenden Depositen und Erfolglassungen, sammt dem vom verflossenen Jahre geschehenen Uebertrage einzuhändigen. Es ist bey jeder Gerichtsstelle einem genauen verläßigen Manne aufzutragen, daß er dieses Verzeichniß mit dem Rathsprotocolle und dem gemäß §. 80 zu führenden Register vergleiche, und wenn sich dießfalls eine Irrung ergabe, zu deren Aufklärung sogleich das Nöthige veranstalte

(§. 82). Bey befundener Richtigkeit aber hat das Präsidium einen Tag zu bestimmen, und mit Zuziehung des Vicepräsidenten den wirklichen Stand der Depositencasse zu scontriren, und ob alles, was in dem überreichten Protocollsextract als noch vorhanden vorkömmt, auch wirklich vorhanden sey, zu erheben (§. 83). Außerdem liegt dem Vorsteher der Stelle noch insbesondere ob, während des Jahres nach Gutbefinden den Depositenstand unvermuthet zu untersuchen, damit bey sich zeigender mindester Gefahr sogleich zu den nöthigen Vorkehrungen geschritten werden könne (§. 84). Die Vorsichten, welche bey Deponirung von Obligationen zu treffen sind, sind §. 229 Nr. 2 berührt worden [1]).

§. 969.

Ob dem Verwahrer ein Lohn gebühre.

Ein Lohn kann für die Aufbewahrung nur dann gefordert werden, wenn er ausdrücklich, oder nach dem Stande des Aufbewahrers stillschweigend bedungen worden ist.

1) Nach dem gemeinen Rechte ist es eine wesentliche Bestimmung des Verwahrungsvertrages, daß er unentgeldlich geschlossen werde. Das österreichische Gesetzbuch hat die Unentgeldlichkeit gleichfalls zwar als eine natürliche, doch keineswegs mehr als eine wesentliche Bestimmung des Verwahrungsvertrages aufgenommen. — Es kann bey einem Verwahrungsvertrage ein bestimmter Lohn für die Last der Aufbewahrung entweder ausdrücklich oder stillschweigend dadurch bedungen werden, daß der Uebernehmer vermög seines bekannten Standes und Gewerbes die Aufbewahrung nur gegen Lohn besorgt. — Dahin gehören die in manchen Orten zu dem Zweck bestehenden öffentlichen Magazine und Depositenbänke, oder die Verwahrung der Pelz-

1) Eine nähere Instruction für die Behandlung der Depositen bey allen Landrechten enthält das Hofdecret vom 7. Julius 1811; J. G. S. Nr. 918, so wie für die Behandlung der Depositen bey den Criminalgerichten die mit Hofdecret vom 28. October 1808; J. G. S. Nr. 867 eingeführte Instruction für die Criminalgerichte in Gallizien.

werke zur Sommerszeit von Kirschnern oder der Ueberröcke an öffentlichen Belustigungsörtern von eigenen Verwahrern. — Der Lohn, wenn er nicht ausdrücklich festgesetzt ist, ist nach Verhältniß des Werthes der zur Obsorge anvertrauten Sache, und nach Maßgabe der darauf zu verwendenden Sorgfalt und Mühe zu bemessen.

2) Insbesondere ist für die gerichtliche Verwahrung der Civildepositen die Entrichtung einer besonderen Taxe, bey Erfolglassung derselben, unter dem Nahmen Zählgeld, vorgeschrieben. — In Ansehung des Betrages des von den Parteyen bey Erfolglassung der Depositen zu entrichtenden Zählgeldes ist aber ein Unterschied festgesetzt, ob die Uebernahme in die gerichtliche Verwahrung bey Verwaltung des adeligen Richteramtes oder in Streitsachen vorgefallen sey. Im letzteren Falle ist für bares Geld und Pretiosen, nach Schätzung oder billigen Anschlage ein Kreuzer, für öffentliche Obligationen ein Viertelkreuzer vom Gulden des Betrages, auf den sie lauten, und von Privatobligationen ein Viertelkreuzer vom Gulden, jedoch nur von jenem Betrage abzunehmen (in so fern derselbe scalamäßig nach dem a. h. Finanzpatente vom 20. Februar 1811 zu berechnen ist), welchen dieselbe nach der gesetzmäßigen Scala an Capital in Wienerwährung ausmachen [1]). In Geschäften des adeligen Richteramtes ist aber nur die Hälfte der obigen, für Depositirungen in Streitsachen bestimmten Gebühr abzunehmen erlaubt [2]). Nur das k. k. niederöster-

1) Patent vom 1 November 1781; Hofdecret vom 8. Feb. 1812; J. G. S. Nr. 972 und 30. July 1813; J. G. S. Nr. 1069. Nur Tyrol und Vorarlberg, für welche eine eigene Taxordnung durch Hofkammer-Decret vom 22. July 1815; J. G. S. Nr. 1163 vorgeschrieben ist, machen hiervon eine Ausnahme, und es wird hier zwischen den Geschäften des adeligen Richteramtes und den in Streitsachen kein Unterschied beobachtet, sondern das Zählgeld beträgt dort überhaupt vom baren Gelde und von Fahrnissen nach ihrem Schätzungswerthe, in der ersten (in den Taxordnungen bestimmten) Classe von jedem Gulden einen Kreuzer, in den übrigen Classen von jedem Gulden einen halben Kreuzer; von den hinterlegten Schuldbriefen aber ohne Unterschied in der ersten Classe von jedem Gulden einen Pfennig, und in den übrigen Classen von jedem Gulden einen halben Pfennig, abgenommen.

2) Pat. vom 13. Sept. 1737; J. G. S. Nr. 717; vom 14. Jänner 1793 und 30. July 1813; J. G. S. Nr. 1069.

reichische Landrecht und der Wiener-Magistrat haben die Begünstigung, daß sie auch in Geschäften des adeligen Richteramtes das Zählgeld eben so, wie bey Streitsachen abnehmen dürfen [1]). Das Zählgeld gebührt in der Regel allen Räthen mit Einschluß der Präsidien zusammen, weil auch alle diese für die Richtigkeit der Depositenverwaltung zu haften haben. Ausgenommen von Entrichtung des Zählgeldes sind folgende Fälle: a) die von den hinterlegten Obligationen behobenen Interessen, b) was einem Pupillen während seiner Minderjährigkeit zu dessen Erhaltung, Erziehung, Unterweisung, oder zu dessen Ausstattung bey einer Heirath erfolgt wird. c) Was aus einer Verlassenschaft mit dem Vermögen der Pupillen vermischt erfolgt worden, und bis zur Auseinandersetzung der Masse in deposito verblieben ist; d) die Militärheirathscautionen; e) die landesfürstlichen Dienstcautionen der Casse- und andern Beamten, welche verrechnete Dienste haben; f) die Weiberverzichten; g) was pro ærario erfolgt wird, als die Regiments-Forderungen, die Erbsteuer, die erblosen Verlassenschaften, und was sonst dem Fiskus zufällt; h) was pro causis piis der Armencasse, den Spitälern, Messen-Stiftungen erfolgt wird; i) das Vermögen der Invaliden; k) die causæ miserabiles; l) der Liedlohn der Dienstbothen; m) was mit der Verbindlichkeit der abermahligen Deponirung nur auf eine Zeit erfolgt wird; n) was zu einer anderen Instanz als dahin gehörig übergeben wird; o) was in debite deponirt worden; p) die dem Gerhaben hinausgebührenden Rechnungsreste; q) die ungültigen und verlornen Schuldscheine und alle Papiere und Schriften, die keinen Werth haben; r) die Paraphermalia, Weibersprüche und zugebrachtes Vermögen; s) die Funeralkosten [2]).

§. 970.

Wirthe, Schiffer oder Fuhrleute haften für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden oder als

1) Hofdecret vom 24. November 1787, 26. July 1810 und 20. October 1813; J. G. S. Nr. 1073.

2) Hofdecret vom 2. November 1790, Nr. 73.

Fracht, ihnen selbst oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer (§. 1316).

1) Der Gesetzgeber ging, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, bey Erlassung dieser Vorschrift von der Betrachtung aus, daß man einerseits auf die Redlichkeit und Obsorge der darin benannten Personen zu vertrauen genöthiget ist, andererseits aber sich ihnen durch die Abwesenheit der Eigenthümer, oder weil sie die Hauptschlüssel zu den Gemächern und Behältnissen in ihren Händen haben, eine sehr leichte Gelegenheit anbiethet, den Sachen der Fremden beyzukommen; überdieß daß den Reisenden und Frachtgebern auf dem kürzesten Wege zu ihrem Rechte verholfen werden soll, und den Uebernehmern es leichter fällt, jenen, der zunächst an der Beschädigung Schuld trägt, auszuforschen. — Auch werde in der That von solchen Gewerbsleuten durch die Aufnahme der Reisenden sammt ihren Habseligkeiten in den Gasthof, oder durch die Uebernahme von Waaren zur Versendung stillschweigend ein Verwahrungsvertrag geschlossen, dessen Verbindlichkeit auch ungezweifelt auf die Erben übergeht (§. 918). Auf Privatpersonen, welche Reisenden eine Wohnung vermiethen, so wie auf ordentliche Miether einer Wohnung in dem Gasthause kann diese Vorschrift nicht ausgedehnt werden.

2) Die Gewerbsleute, welche der gegenwärtige §. benennt, sind Wirthe, Schiffer und Fuhrleute. — In Ansehung des letzteren Ausdruckes ist bereits im practischen Leben die Streitfrage entstanden: welche Gewerbsleute darunter eigentlich begriffen seyen? — Dieser Ausdruck hat nähmlich im gewöhnlichen Leben manchmahl eine engere, manchmahl eine weitere Bedeutung. In der engeren Bedeutung versteht man darunter bloß diejenigen, welche sich ausschließend mit Verführung von Frachtgütern beschäftigen, mit Ausschluß jener, die sich mit der Weiterbeförderung der Reisenden abgeben, und Lohn- oder Lehenkutscher genannt werden. — Allein eben die Worte des gegenwärtigen §.: „die von aufgenommenen Reisenden oder als Fracht

u. s. w. übergeben worden sind," zeigen deutlich an, daß der Ausdruck: „Fuhrleute" in dem gegenwärtigen §. in der weiteren Bedeutung zu nehmen sey, in welcher er auch diejenigen Gewerbsleute einschließt, welche sich mit Weiterbeförderung der Reisenden beschäftigen.

3) Da durch die Uebergabe der Sachen an den Wirth, Schiffer oder Fuhrmann oder an eine Dienstperson derselben ein Verwahrungsvertrag stillschweigend abgeschlossen wird; so tritt auch hier die rechtliche Vermuthung ein, daß die ihnen anvertrauten Sachen nicht durch Zufall, sondern durch ihr eigenes oder der Dienstleute Verschulden, wofür sie verantwortlich sind (§. 1316), in Verlust gerathen oder verschlimmert worden seyen, und es tritt auch bey ihnen die Vorschrift des §. 966 in Anwendung.

4) Herr Hofrath v. Zeiller sagt hier in seinem Commentare: „Der Umstand allein, daß dem Fremden die Schlüssel zu seinen Gemächern und Behältnissen übergeben worden seyen, spräche von der Haftung nicht frey. Wenn aber dargethan wird, daß der Fremde in Verwahrung derselben oder in der Verschließung nachlässig war; so würde die obige Vermuthung durch die Wahrscheinlichkeit, daß wegen seiner Nachlässigkeit der Schade eben so leicht von fremden Personen verursacht werden konnte, entkräftet, und dem Uebergeber der aufgenommenen Sache läge der Beweis von einem Verschulden des Uebernehmers oder seiner Dienstleute ob." — So sehr ich aus einem innerlichen, mehr aber aus einer Klugheits- als Rechtsmaxime entspringenden Gefühle dieser Behauptung beyzutreten mich geneigt fühle, so glaube ich doch dieser Behauptung einige Beschränkungen beyfügen zu sollen; denn sind die Sachen bereits in die Gemächer und Behältnisse des Fremden abgegeben, und ihm die Schlüssel hierzu auch eingehändigt worden, so kann, wenn an diesen Sachen ein Abgang entdeckt wird, die Schuld sowohl in dem Verschulden des Eigenthümers als des Wirthes oder seiner Dienstleute liegen; der gegenwärtige §. spricht sich aber nicht dahin aus, daß die Vermuthung für das Verschulden der letzteren streite. — Man muß vielmehr auch hier die allgemeine Regel in Anwen-

dung bringen, daß im Zweifel die Vermuthung gelte, der Schade sey ohne Verschulden eines Andern entstanden. Es wird daher der Fremde immer zu erweisen haben, daß das Verschulden in dem Benehmen des Wirthes oder seiner Dienstleute gelegen sey (§. 1296). Hat sich der Gastwirth bey Aufnahme der Fremden (z. B. wegen einer außerordentlichen Zuströmung der Reisenden) ausdrücklich erkläret, daß er für die eingebrachten Sachen nicht haften wolle, so findet der gegenwärtige §. keine Anwendung, weil derselbe einen stillschweigend geschlossenen Verwahrungsvertrag voraussetzt, der durch die ausdrückliche Gegenerklärung natürlich zerfällt.

5) Ob der Schade von dem Uebernehmer und seinem Gesinde, oder von Mitgästen, oder von einer dritten Person, oder nur durch einen Unfall, dem aber (wie z. B. Entfremdungen, oder einem in dem Gasthofe oder auf dem Schiffe entstandenen Brande) durch Vorsicht vorgebeugt werden konnte, verursacht worden sey, darauf kommt es nicht an. — Nur eigene Schuld des Uebergebers oder unvermeidliche Zufälle (wie unwiderstehliche Gewaltthätigkeit oder verheerende Naturerscheinungen) können von der Haftung befreyen [1]).

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 4.

Zwanzigstes Hauptstück.

Von dem Leihvertrage.

§. 971.

Leihvertrag.

Wenn Jemanden eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeldlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird; so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man Jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag.

1) Die wesentlichen Bestimmungen des Leihvertrages sind nach der im gegenwärtigen §. aufgestellten Definition folgende: a) Der Gegenstand desselben muß eine unverbrauchbare Sache seyn, dadurch unterscheidet sich derselbe wesentlich von dem Darleihensvertrage (§. 983), welcher verbrauchbare Sachen zum Gegenstande hat. — Indessen gibt es allerdings Sachen, welche sowohl bey Leihverträgen, als bey Darleihensverträgen zu Objecten gemacht werden können; allein es gibt auch Sachen, die, nach Verschiedenheit des Zweckes, zu welchem sie verwendet werden, bald als verbrauchbar, bald aus unverbrauchbar anzusehen sind. Werden z. B. einzelne Münzsorten als Umtauschmittel gebraucht, so gehören sie zu den verbrauchbaren Sachen; wird dagegen durch ihren Besitz allein der beabsichtete Zweck erreicht, z. B. ein Schauspieler bedarf auf dem Theater Goldstücke, so gehören sie zu den unverbrauchbaren Sachen. b) Die Sachen müssen bloß zum unentgeldlichen Gebrauche übergeben werden; wird ihr Gebrauch gegen Entgeld Jemanden überlassen, so entsteht ein Bestandvertrag (§. 1090). c) Die Sachen müssen nicht als Eigenthum, sondern bloß zum Gebrauche unentgeldlich übergeben werden; denn soll der andere das Eigenthum der Sache selbst erwerben, so

käme ein Schenkungsvertrag zu Stande (§. 938). d) Die Sache muß auf eine bestimmte Zeit übergeben werden. Uebrigens kann die Zeit ausdrücklich, als durch die Art und den Zweck des eingeräumten Gebrauchs bestimmt seyn. — Ist aber weder das eine noch das andere der Fall, so ist kein wahrer Leihvertrag, sondern nur ein unverbindliches Bittleihen (Precarium) vorhanden. Endlich e) muß die Sache wirklich übergeben werden; denn der Leihvertrag ist ein sogenannter Realcontract, welcher nur durch die wirkliche Uebergabe des Vertragsgegenstandes zu Stande kömmt. Der Vertrag, künftig erst eine Sache zu leihen geben zu wollen, gehört unter diejenigen Verträge, von welchen der §. 936 handelt, und ist sohin nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu behandeln.

2) Die gewöhnlichen Gegenstände eines Leihvertrages sind zwar, wie v. Zeiller bemerkt, bewegliche Sachen. Allein nach dem juridischen [1]) und selbst nach dem gemeinen Sprachgebrauche kann man (im Gegensatze einer entgeldlichen Bestandverlassung) Jemanden auch ein Haus, einen Garten, eine Wohnung leihen.

§. 972.

Rechte und Pflichten des Entlehners: 1) in Rücksicht des Gebrauches.

Der Entlehner erwirbt das Recht, den ordentlichen oder näher bestimmten Gebrauch von der Sache zu machen. Nach Verlauf der Zeit ist er verpflichtet eben dieselbe Sache zurückzustellen.

1) Durch den Leihvertrag wird eigentlich nur der Vortheil des Entlehners beabsichtiget, und nur die demselben zustehenden Rechte sind der Zweck, der bey Abschließung des Contractes erreicht werden soll. Das Recht, welches aber der Entlehner durch den Leihvertrag erwirbt, besteht in dem Befugnisse von dem Lehnstücke Gebrauch zu machen. Herr Hofrath v. Zeiller

1) Selbst nach römischem, französischem und preußischem Rechte. Inst. III.; 15. Digest., XIII. 6., Code Napoleon III., 10. Tit., §. 1878. Preuß. Landrecht I., 21. Tit., §§. 229 u. 233.

bemerkt hier in seinem Commentare, daß der Entlehner nur ein persönliches, nicht so, wie bey Servituten, ein dingliches Recht von dem Lehnstücke Gebrauch zu machen, erwerbe. Allein durch die Uebergabe der Sache wird der Entlehner Inhaber derselben, und ich habe bereits bey Erläuterung des §. 309 nachgewiesen, daß auch dem bloßen Inhaber beschränkte Besitzes-, sohin dingliche Rechte nicht abgesprochen werden können. Der Entlehner hat doch offenbar das Recht, sich in seiner Innehabung zu schützen, und gleich dem Besitzer in dem Falle, als die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 344). Ihm kann ferner das Recht nicht abgesprochen werden, gegen den unechten Besitzer die Zurücksetzung in die vorige Lage zu fordern, und auch die Schadloshaltung einzuklagen (§. 346). Des erstern Recht ist aber gewiß nicht persönlicher, sondern offenbar dinglicher Natur. Indessen ist es richtig, daß dem Entlehner die dinglichen Rechte nicht in jenem Umfange zukommen, wie einem wirklichen Besitzer oder einem Servituts-Berechtigten; denn die Servitut klebt der Sache so an, daß sie auch gegen denjenigen, der das Eigenthum der Sache in der Folge an sich gebracht hat, ausgeübt werden kann, welches hier nicht der Fall ist. Denn angenommen, daß Cajus das dem Sempronius geliehene Pferd an Titus verkaufen würde, und die Uebergabe an denselben ohne Einstimmung des Sempronius zu bewerkstelligen wußte, könnte Sempronius das Gebrauchsrecht gegen den Titus nicht in Ausführung bringen, sondern könnte sich dießfalls bloß an den Cajus halten, der ihm aus dem Vertrage verpflichtet ist; eben so würde derjenige, der ein Haus zu leihen genommen, dem neuen Besitzer weichen müssen (Vergl. §. 1120). Dem Entlehner kommen daher in Bezug auf das Entlehnungsstück theils solche Rechte zu, die er nur gegen den Verleiher in Ausübung bringen kann, theils aber auch solche, die er, gleich einem Besitzer, auch gegen unbestimmte Personen realisiren kann. — Ich habe daher bereits schon bey Erläuterung des §. 859 Nr. 7 bemerkt, daß durch den Leihvertrag eine Art dinglich-persönlicher Sachenrechte gegründet werde.

2) Der Entlehner ist aber in dem Rechte, von dem Lehnstücke Gebrauch zu machen, theils in Hinsicht auf die Art, theils in Hinsicht auf die Zeit eingeschränkt. Was die Art des Gebrauches anbelangt, so ist entweder hierüber zwischen den Contrahenten etwas ausdrücklich festgesetzt worden oder nicht. Ist das erstere der Fall, so bestimmt die gepflogene Verabredung die Art des Gebrauches; tritt aber der letztere Fall ein, so kann der Entlehner von der Sache den ordentlichen, d. i. der Beschaffenheit und Bestimmung angemessenen Gebrauch machen; er darf daher weder ein Reitpferd zum Fahren, noch einen Säbel, den man zum Schutze oder zur Zierde trägt, zum Holzfällen gebrauchen. Manchmahl wird der ordentliche Gebrauch durch den Zweck stillschweigend beschränkt. Wer ein Kleidungsstück zum Muster, ein ähnliches sich anzuschaffen, empfängt, ist nicht befugt, sich damit zu bekleiden.

3) Noch minder darf der Entlehner nebst dem Gebrauche sich den Zuwachs, die Früchte oder Nutzungen eines (fruchtbringenden) Lehnstückes zueignen. Bringt die Beschaffenheit der Sache und des verstatteten Gebrauches es mit sich, daß der Entlehner auch die Früchte und Nutzungen genieße, oder ist ihm dieser Genuß ausdrücklich gestattet; so kann das Geschäft, wenn es auch ein Leihvertrag genannt worden wäre, dennoch nicht nach den Regeln dieses Vertrages beurtheilet werden. Vielmehr finden, je nachdem der verstattete Genuß uneingeschränkt oder eingeschränkt war, die Regeln von der Fruchtnießung, oder dem bloßen Gebrauche, oder dem Bestande (§§. 504 — 509 u. 1098) Anwendung.

4) Die Zeit des Gebrauches ist, wie bereits bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 1 erwähnt worden ist, entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Bestimmung des Zweckes, wozu er dienen soll, bestimmt. Wem z. B. ein Wagen zu einer bevorstehenden Reise geliehen worden, dem kann er nach vollendeter Reise abgefordert werden.

5) Nach Verlauf der Zeit ist der Entlehner, weil ihm bloß der Gebrauch verstattet worden, die nähmliche Sache sammt allem Zugehöre zurückzustellen verbunden.

§. 973.

2) In Rücksicht der Zurückstellung.

Wenn keine Zeit zur Zurückgabe festgesetzt, wohl aber die Absicht des Gebrauches bestimmt worden ist; so ist der Entlehner verbunden, mit dem Gebrauche nicht zu zögern, und die Sache so bald als möglich zurückzugeben.

Zur Erläuterung dieser Gesetzesstelle kann wohl nur die Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu diesem §. wiederhohlet werden. Er sagt nähmlich: „Die durch Erklärung des Zweckes stillschweigend bestimmte Zeitfrist könnte dadurch, daß der Zweck, z. B. die Arbeit, wozu ein Werkzeug, oder die Reise, wozu ein Wagen geliehen worden ist, auf längere Zeit verschoben würde, wider alle Vermuthung des Verleihers sehr weit hinausgesetzt werden. Darum kann der Verleiher, allenfalls vermittelst des Gerichtes, verlangen (§. 904), daß mit dem Gebrauche nicht unnöthiger Weise gezögert, oder, dafern ein wirkliches Hinderniß obwaltete, das Lehnstück inzwischen zurückgestellt werde; wodurch der Leihvertrag in die Verabredung eines künftigen Leihvertrages übergehen würde (§. 936).

§. 974.

Hat man weder die Dauer noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern.

Wenn ein Lehnstück von dem Eigenthümer, um in seinem Verfügungsrechte nicht gehemmt zu seyn, mit dem Vorbehalte gegeben wird, selbes nach Willkühr zurückfordern zu können; so nennt man dieses Geschäft, weil gewöhnlich eine Bitte des Entlehners vorausgeht, ein Bittleihen (Precarium). Indessen gehört es, wie aus dem Inhalte dieses §. zu entnehmen ist, keineswegs zur Wesenheit des Bittleihens, daß eine solche Bitte

der Bewilligung vorausgehe, sondern es kann auch aus Freundschaft und Gefälligkeit der Eigenthümer selbst den Antrag dazu machen. — Eine solche Verleihung gibt zwar dem Entlehner ein Recht, die Sache so lange zu gebrauchen, bis sie zurückverlangt wird; sie legt aber dem Verleiher keine wahre Verbindlichkeit auf, weil er sich jederzeit wieder davon frey machen kann. Verweigert der Entlehner die Zurückstellung, so wird er zu einem unechten Besitzer (§. 345). Ist die Zeit des Gebrauches weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so ist es als ein stillschweigendes Bittleihen zu halten.

§. 975.

Bey einem Streite über die Dauer des Gebrauches muß der Entlehner das Recht auf den längeren Gebrauch beweisen.

Diese Anordnung gründet sich auf die von dem Gesetze §. 915 aufgestellte Vermuthung, daß bey einseitig verbindlichen Verträgen sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte, und es ist hieraus auch zu folgern, daß im Zweifel eher ein Bittleihen, als ein ordentlicher Leihvertrag angenommen werden müsse.

§. 976.

Wenn gleich die verlehnte Sache vor Verlauf der Zeit und vor geendigtem Gebrauche dem Verleiher selbst unentbehrlich wird; so hat er ohne ausdrückliche Verabredung doch kein Recht, die Sache früher zurückzunehmen.

Der Entlehner erlangt durch den Leihvertrag das Recht, den ordentlichen oder näher bestimmten Gebrauch von der Sache durch die bestimmte Zeit zu machen; der Verleiher hat daher kein Recht die Sache vor der bestimmten Zeit zurückzufordern. — Das preußische Landrecht macht jedoch von diesem, auch von ihm als Regel anerkannten Grundsatze in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Sache dem Verleiher wegen einer Ver-

änderung in seinen eigenen Umständen, die er zur Zeit der Verleihung nicht voraussehen konnte, unentbehrlich wird [1]). Allein der österreichische Gesetzgeber ging, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu ersehen ist, von dem Gesichtspuncte aus, daß dem Entlehner, welcher auf die unbedingt erklärte Verleihung vertraute (§§. 861 u. 914), durch die unvermuthete Zurückforderung, z. B. eines Reisewagens, ein weit empfindlicherer Nachtheil zugehen könne, als dem Verleiher, der die Veränderung seiner Verhältnisse gewöhnlich leichter voraussehen kann. Uebrigens steht es ja dem Verleiher frey, bey Abschließung des Leihvertrages sich ausdrücklich das Zurückforderungsrecht für einen solchen Fall vorzubehalten.

§. 977.

Der Entlehner ist zwar in der Regel berechtiget, die entlehnte Sache auch vor der bestimmten Zeit zurückzugeben; fällt aber die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich, so kann sie wider seinen Willen nicht Statt finden.

Es ist bereits oben (§. 972 Nr. 1) erwähnt worden, daß bey dem Leihvertrage nur der Vortheil des Entlehners beabsichtiget werde; diese Bemerkung hat nun insbesondere in Bezug auf die längere Dauer des Gebrauches zu gelten. — Zuweilen aber verbindet auch der Verleiher seinen eigenen Vortheil damit, indem er bey Verleihung der Sache zugleich die Absicht hat, dieselbe während der Zeit der Obsorge des Entlehners anzuvertrauen. — In einem solchen Falle kann auch der Entlehner die Sache vor der bestimmten Zeit nicht zurückgeben. — Dieß wäre besonders dann der Fall, wenn der Verwahrungsvertrag in einen Leihvertrag umgeändert worden wäre; — denn es ist hier anzunehmen, daß der Hinterleger durch die Gestattung des Gebrauches seinen ursprünglichen Zweck nicht aufgegeben habe (§. 959 Nr. 2). Außer diesem Falle wird aber der Verleiher die Beschwerde der Zurücknahme näher nachzuweisen haben.

1) I. Thl., 21. Tit., §. 235.

§. 978.

3) In Rücksicht der Beschädigung.

Wenn der Entlehner die geliehene Sache anders gebraucht, als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet; so ist er dem Verleiher verantwortlich, und dieser auch berechtiget, die Sache sogleich zurückzufordern.

Der Entlehner hat die Sache in seiner Obsorge, und muß sie unversehrt wieder zurückstellen (§§. 961 u. 1109). Er haftet daher für jeden Schaden, der durch sein Verschulden, worunter auch die Uebertretung seiner Vertragspflicht gehört, verursacht wird (§. 1295). Die mit dem ordentlichen und bewilligten Gebrauche verbundene Abnützung, oder auch wohl die Vernichtung einer zu einem genagten Gebrauche bewilligten Sache ist, wie v. Zeiller bemerkt, kein Verschulden; wohl aber jeder Mißbrauch, oder die eigenmächtige Afterverleihung, da bey der Verleihung auf die Redlichkeit und Achtsamkeit des Entlehners Rücksicht genommen, folglich nur ein höchst persönliches Recht des Gebrauches bewilliget wird. — Dabey gestattet das Gesetz dem Verleiher, um dem drohenden Schaden vorzubeugen, und die Uebertretung der Vertragspflicht auf eine angemessene Art zu ahnden, ausnahmsweise (§. 918) sogleich vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Entlehner den oben angedeuteten Mißbrauch von dem entlehnten Stücke macht.

§. 979.

Wird die geliehene Sache beschädiget, oder zu Grunde gerichtet; so muß der Entlehner nicht nur den zunächst durch sein Verschulden verursachten, sondern auch den zufälligen Schaden, den er durch seine widerrechtliche Handlung veranlaßt hat, so wie der Verwahrer einer Sache, ersetzen (§. 965).

1) Der bloße Zufall trifft den Eigenthümer (§. 1311). Der Beweis des Zufalls liegt jedoch dem Entlehner, wie dem Verwahrer, ob, und kann durch verzögerte Anzeige des Zufalls sehr erschweret werden. — Als ein reiner Zufall kann es aber nicht mehr angesehen werden, wenn der Entlehner einen solchen Gebrauch von der Sache macht, den er zufolge des geschlossenen Vertrages zu machen nicht berechtiget war, oder wenn er sie ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung, oder gar zum eigenen Gebrauche gegeben, oder die Zurückstellung der Sache widerrechtlich verzögert und selbe aus dieser Veranlassung einen Schaden gelitten hat, den sie außerdem nicht erlitten haben würde. — Einen solchen, obgleich an und für sich zufälligen Schaden, hat also der Entlehner allerdings zu vertreten.

2) Es entsteht hier die Frage, welche Rechte und Verbindlichkeiten für beyde vertragschließende Theile dann entstehen, wenn einer aus den Pascicenten noch minderjährig, oder aus einem anderen Grunde unfähig ist, mit seinem Vermögen nach Willkühr zu schalten? — Bey Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, ob der Unfähige der Verleiher oder der Entlehner sey. Ist er der Verleiher, so kann sowohl er, als dessen Vormund oder Curator, die geliehene Sache von dem Entlehner nach Belieben zurückrufen, ausgenommen, er hätte die geliehene Sache durch seinen Fleiß erworben, oder sie wäre ihm nach erreichter Mündigkeit zu seinem eigenen Gebrauche eingehändiget worden (§. 246). Ist der Unfähige der Entlehner, so gereicht zwar der Vertrag der Regel nach zu seinem Vortheile; da indessen der Entlehner zugleich die Verpflichtungen eines Verwahrers übernimmt, so steht es sowohl ihm als seinem Vormunde oder Curator frey, die Sache auch dann vor der Zeit zurückzustellen, wenn die Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich fallen sollte (§. 977), da kein Curand ohne Einwilligung seines Curators eine Last auf sich nehmen kann (§. 865). Uebrigens ist der unter Curatel stehende Entlehner eben so wie der Verwahrer (§. 964 Nr. 2) nach Ablauf der Zeit zur Zurückstellung der Sache, und zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen er durch eine verbothene Handlung, z. B. durch Veruntreu-

ung, oder auch durch sein Verschulden (abgesehen von einer Vertragspflicht) verursachet hat.

§. 980.

Dadurch, daß der Entlehner für ein verlornes Lehnstück den Werth erlegt, hat er noch kein Recht, dasselbe, wenn es wieder gefunden wird, gegen den Willen des Eigenthümers für sich zu behalten, wenn dieser bereit ist, den empfangenen Werth zurückzugeben.

1) Dem Eigenthümer wird hier das Recht, die wieder gefundene Sache gegen Erstattung des empfangenen Werthes zurückzufordern, aus der Ursache zuerkannt, weil er nur aus dem Grunde, daß die Leistung der Sache unmöglich war, mit einem stellvertretenden Ersatze sich begnügen mußte (§. 1414).

2) Hier kann aber die Frage aufgeworfen werden, ob dem Entlehner auch ein ähnliches Recht zustehe, ob er nahmlich, wenn er für ein verlornes Lehnstück den Werth erlegt hat, und in der Folge dasselbe wieder gefunden wird, gegen Zurückstellung des Lehnstückes in natura den gegebenen Werth zurückfordern könne? — Ich glaube diese Frage verneinend beantworten zu müssen; denn der Entlehner ist die Sache nach Verlauf der bestimmten Zeit dem Verleiher zurückzustellen schuldig, und ist er durch sein Verschulden außer Stand gesetzt, diese ihm obliegende Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit zu erfüllen, so muß er den Schätzungswerth vergüten (§. 1323). Der Verleiher kann nicht gezwungen werden, sich mit dem Schätzungswerthe zu begnügen, sondern er ist offenbar berechtiget, die Annahme des Schätzungswerthes zu verweigern, und zuzuwarten, ob sich die verlorne Sache nicht wieder vorfinde; der Entlehner aber kann sich von Bezahlung des Schätzungspreises nach Verlauf der bedungenen Zeit der Zurückstellung nicht dadurch befreyen, daß er sich Mühe zu geben verspricht, die verlorne Sache wieder aufzusuchen, um selbe in natura zurückstellen zu können. Der Verleiher ist daher auch berechtigt, den Schätzungs-

werth unter dem Vorbehalt anzunehmen, daß, wenn das Lehnstück wieder vorgefunden werden sollte, ihm dasselbe gegen Rückvergütung des Schätzungswerthes in natura wieder übergeben werde; der Entlehner aber ist nicht berechtigt, sich bey Uebergabe des Schätzungswerthes ein Aehnliches auszubedingen; denn es ist ja nur in seinem Verschulden gelegen, daß er anstatt des Lehnstückes in natura den Schätzungspreis vergüten muß. Bey dem ersteren wird nun dieser Vorbehalt stillschweigend angenommen, bey dem letzteren kann ein solcher stillschweigender Vorbehalt nicht vorausgesetzt werden, weil es ihm nicht einmahl frey steht, diesen Vorbehalt ausdrücklich zu machen.

§. 981.

4) der Erhaltungskosten.

Die mit dem Gebrauche ordentlicher Weise verbundenen Kosten muß der Entlehner selbst bestreiten. Die außerordentlichen Erhaltungskosten hat er zwar, dafern er die Sache dem Verleiher nicht zur eigenen Besorgung überlassen kann oder will, inzwischen vorzuschießen; doch werden sie ihm gleich einem redlichen Besitzer vergütet.

1) Den unmittelbar auf den Gebrauch des Lehnstückes abzweckenden, so wie auch den nothwendigen und ordentlichen Aufwand auf die Erhaltung der Substanz, der ebenfalls zu dem, dem Entlehner überlassenen Gebrauche erforderlich ist, und von ihm leicht vorausgesehen werden konnte, z. B. das Futter für die geliehenen Pferde, oder die kleinen Ausbesserungen des Geschirres, die gewöhnlichen jährlichen Hausreparaturen, muß der Entlehner übernehmen; denn aus dem, daß der Verleiher dem Entlehner den Gebrauch seiner Sache selbst unentgeldlich einräumet, kann man doch nicht noch weiters folgern, daß er sich auch verpflichtete, denjenigen Aufwand, der sich ordentlicher Weise als nothwendig darstellet, um von der Sache Gebrauch machen zu können, aus Eigenem zu bestreiten.

2) Eben so wenig kann man aber auch annehmen, daß der Entlehner sich auch zur Bestreitung der außerordentlichen Erhaltungskosten (z. B. der Arzeneyen für das zufällig erkrankte Pferd, der Herstellung des vom Sturmwinde hinweggenommenen Daches) ausdrücklich herbeygelassen, und sohin den Leihvertrag abgeschlossen haben würde, wenn ihm diese zur Pflicht gemacht worden wäre, da sie nicht selten den Werth des Gebrauches weit überwiegen. Wenn sich daher wirklich ein Fall ereignet, der einen solchen außerordentlichen Aufwand nothwendig macht, und der Verleiher in der Lage ist, dasjenige, was zur Erhaltung der Sache nothwendig ist, selbst zu besorgen, so ist der Entlehner lediglich verpflichtet, dem Verleiher die Anzeige hiervon zu machen. Kann diese Selbstbesorgung von Seite des Verleihers, etwa wegen Abwesenheit desselben, nicht geschehen, so ist der Entlehner verpflichtet, außerdem ist er aber wenigstens berechtiget, die Kosten vorzuschießen, und sie, gleich einem redlichen Besitzer, wie der §. sich hier ausdrückt, zurückzufordern.

3) Es ist aber hier nothwendig, bey dem Ausdrucke: „gleich einem redlichen Besitzer," etwas zu verweilen. — Der §. 331, auf welchen sich Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare auch eigens bezieht, verpflichtet nahmlich den Eigenthümer der Sache nur in so weit zum Ersatze des von dem redlichen Besitzer zur Erhaltung derselben gemachten nothwendigen Aufwandes, als bey der Zurückstellung der Sache noch wirklich ein aus diesem Aufwande herrührender Werth vorhanden ist, oder mit anderen Worten: als dessen Wirkungen noch fortdauern. Wenn man daher die Vorschrift des gegenwärtigen §. auf vorliegenden Fall in Anwendung bringt, so folgt daraus, daß wenn ungeachtet des zur Herstellung des erkrankten Pferdes gemachten zweckmäßigen Aufwandes, dasselbe doch zu Grunde ginge, oder das hergestellte Dach durch einen Sturmwind wieder hinweggenommen würde, der Verleiher zu einer Ersatzleistung nicht verhalten werden könnte. Wäre nun dieses richtig, so wäre diese Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches ganz originell, und sowohl von der des römischen, als französischen und preußischen Gesetzbuches, ja selbst

von naturrechtlichen Principien abweichend; denn nach römischem Rechte kann der Commodatar den Ersatz der Unkosten ansprechen, welche er auf die geliehene Sache hat verwenden müssen; nur sind hiervon die gewöhnlichen, mit dem Gebrauche der Sache verbundenen Unkosten, die außerordentlichen aber nur dann ausgenommen, wenn sie nicht übermäßig sind; denn die mäßigen Kosten werden mit dem gestatteten Gebrauche compensirt angesehen [1]). Der französische Codex sagt §. 1886: „Hat der Entlehner, um sich der Sache bedienen zu können, einigen Aufwand gemacht, so kann er denselben nicht zurückfordern;" woraus folgt, daß die übrigen außerordentlichen Kosten von dem Verleiher zu bestreiten kommen. Das preußische Landrecht, das selbst in der Textirung mit dem österreichischen Gesetzbuche die größte Aehnlichkeit hat, sagt [2]): „Der Leiher ist die gewöhnlichen Erhaltungskosten der Sache während seines Gebrauches zu tragen verbunden. Ereignen sich, während seiner Besitzzeit, Umstände, die einen außerordentlichen Aufwand zur Erhaltung der Sache erfordern; so ist zwar der Leiher dem Verleiher Anzeige davon zu machen, und ihm mit Rückgabe der Sache, die Besorgung dessen zu überlassen, befugt. Kann oder will er aber dieses nicht, oder ist der Verleiher nicht so in der Nähe, daß er die Sorge für die Erhaltung der Sache noch zu rechter Zeit übernehmen könnte; so ist der Leiher dazu verbunden. Doch kann er die darauf verwendeten Kosten von dem Verleiher nach den gesetzlichen Vorschriften von Besorgung fremder Angelegenheiten ohne ausdrücklichen Auftrag zurückfordern." Eben so behaupten Herr Hofrath v. Zeiller und Herr Regierungsrath Ritter v. Egger [3]), daß der Entlehner zwar die ordentlichen Kosten der geliehenen Sache, d. i. ohne welche der ihm zustehende Gebrauch nicht gemacht werden könnte, tragen müsse, nicht aber die außerordentlichen, zur bloßen Erhaltung der, dem Verleiher verbliebenen Proprietät. — Schon diese Abweichung von den Behauptungen der österreichischen Naturrechtslehrer, und von den Vorschriften der vorzüglichsten fremden positiven Gesetzgebungen muß gegen obige Behauptung Bedenken erregen, dieses Beden-

1) Fr. 18, §. 2, D. h. t.
2) I. Th., 21. Tit., 3. Absch., §§. 241 — 244.
3) In ihren Lehrbüchern des natürlichen Privatrechtes, §. 123.

ken muß aber noch vermehret werden, wenn auf ähnliche in dem österreichischen Gesetzbuche selbst entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen wird; denn da in dem Falle, als der Verleiher in der Lage ist, dasjenige, was zur Erhaltung der Sache nothwendig ist, selbst zu besorgen, der Entlehner lediglich zur Anzeige an ihn verpflichtet ist, so erscheint dieser, wenn er dessenungeachtet das dem Verleiher zuständige Geschäft zur Abwendung des bevorstehenden Schadens besorgt, als ein Geschäftsführer ohne Auftrag; diesem ist aber derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig, wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 1036). Auch sind es gewiß besondere Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, dem redlichen Besitzer den Ersatz seines auf die Sache gemachten Aufwandes nur unter gewissen Beschränkungen zuzuerkennen, die auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Der redliche Besitzer unternimmt den Aufwand nur in der Absicht, sein eigenes, nicht fremdes Bestes zu befördern; er ist auch nicht dafür verantwortlich, wenn dasjenige, was er unternimmt, ganz zweckwidrig ist, oder wenn er die Sache ganz zu Grunde gehen läßt. Der Entlehner dagegen unternimmt den Aufwand lediglich in der Absicht das Beste des Verleihers zu bewirken, und er ist auch dafür verantwortlich, wenn seine Bemühungen zweckwidrig seyn sollten. — — Diese Betrachtungen bestimmen mich daher zur Behauptung, daß dem Entlehner der zur Erhaltung der Sache gemachte nothwendige Aufwand selbst in dem Falle von dem Verleiher ersetzt werden müsse, wenn derselbe, jedoch ohne Verschulden des Entlehners, ohne Erfolg geblieben wäre. Man muß nähmlich in jedem Gesetze die dispositiven Worte von den bloß enunciativen unterscheiden, und kann nur jenen eine verbindliche Kraft zulegen. Nun scheinen die Worte: „gleich einem redlichen Besitzer," im gegenwärtigen §. bloß enunciativ hingestellt zu seyn; der Gesetzgeber wollte dadurch nicht sagen, daß dem Entlehner die Kosten nur unter der Beschränkung, wie sie dem redlichen Besitzer ersetzet werden, vergütet werden sollen, sondern er

erkennt dem Entlehner den Ersatz der Kosten ganz unbedingt zu, und beruft sich gleichsam nur zur Begründung dieser Anordnung auf den redlichen Besitzer. — Die Richtigkeit dieser Ansicht findet in der Vergleichung des gallizischen Gesetzbuches, als Entwurf des gegenwärtigen, mit diesem letzteren eine Bestätigung. Der §. 87, III. Theiles desselben sagt nahmlich: „Andere nothwendige Kosten, welche der Lehner selbst zur Erhaltung der Sache hatte verwenden müssen, werden dem Entlehner, wie einem jeden redlichen Besitzer, vergütet." — Hier ist es auffallender, daß die Worte: „wie einem jeden redlichen Besitzer," nur enunciativ hingestellt seyn, weil der §. 53, des II. Theiles dieses Gesetzbuches in Ansehung des redlichen Besitzers gar keine besondere Vorschrift ertheilet, sondern eben so allgemein spricht, nahmlich: „Hat der redliche Besitzer an die habhaft gewordene Sache, entweder zur Erhaltung der Substanz oder zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen, einen Aufwand gemacht, so gebührt ihm der Ersatz." Ich glaube auch nicht, daß der österreichische Gesetzgeber dadurch, daß er den §. 87 des III. Theiles des gallizischen Gesetzbuches in seinen wesentlichen Bestimmungen in den §. 981 des neuen Gesetzbuches aufgenommen hat, eine wesentliche Abänderung an selbem habe machen wollen; daß aber nach jenem dem Entlehner auch jene Kosten, welche zur Erhaltung der Sache fruchtlos gemacht worden sind, ersetzt werden mußten, kann keinem Zweifel unterliegen.

4) Aus dem Gesagten folgt auch, daß der Entlehner verpflichtet sey, die ihm geliehene Sache bey obwaltender Gefahr selbst mit Aufopferung seiner eigenen, jedoch minder kostbaren Sache zu retten; denn diese Aufopferung erscheint hier als der nothwendige Aufwand zur Erhaltung der Sache, welchen im Dringlichkeitsfalle der Entlehner für den Verleiher vorschußweise bestreiten muß, und dessen Ersatz er dann ansprechen kann. Die kostbarere Sache darf aber der Entlehner nicht hingeben, weil auch der Verleiher nicht verhalten werden kann, den Ersatz eines Aufwandes zu leisten, der den Werth der Sache selbst übersteigt.

5) Wenn der Entlehner aus dem Grunde, weil er die Sache dem Verleiher nicht zur eigenen Besorgung überlassen

will, die außerordentlichen Erhaltungskosten vorschießet, so ist er ganz als ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln; wenn er aber diese Kosten aus dem Grunde bestreitet, weil der Verleiher die Sache nicht zur eigenen Besorgung übernehmen kann, und er daher von dem Gesetze zur Bestreitung dieses Aufwandes berufen ist, so ist er vielmehr als ein stillschweigend Bevollmachtigter anzusehen. — Da indessen das Gesetz hier nur von den Erhaltungskosten spricht, und in Bezug auf diese zwischen dem Bevollmachtigten und dem Geschäftsführer ohne Auftrag kein Unterschied obwaltet (§§. 1014 u. 1036), so hat diese Unterscheidung keinen practischen Einfluß.

6) Für keinen Fall ist aber der Entlehner verpflichtet zur Verbesserung oder Verschönerung der geliehenen Sache einen Aufwand zu bestreiten. Will er dieses aber aus freyem Antriebe thun, so hat er sich um die Einwilligung des Eigenthümers zu bewerben. Ohne diese Vorsicht stehen ihm die im §. 1037 ausgesprochenen Rechte zu, er unterwirft sich aber auch der im §. 1038 berührten Verantwortlichkeit.

§. 982.

Beschränkung der wechselseitigen Klagen.

Wenn der Verleiher, nach der Zurücknahme des Lehenstückes, dessen Mißbrauch oder übertriebene Abnutzung innerhalb dreyßig Tagen nicht gerüget, oder wenn der Entlehner nach der Zurückgabe von den auf die Sache verwendeten außerordentlichen Kosten binnen eben diesem Zeitraume keine Meldung gemacht hat; so ist die Klage erloschen.

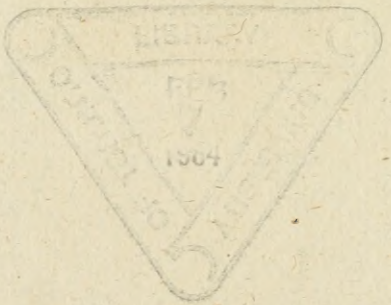
1) Der Grund, die wechselseitigen Klagen aus dem Leihvertrage auf einen kürzeren Zeitraum einzuschränken, ist der nahmliche, wie bey dem Verwahrungsvertrage (§. 967). Das Retentionsrecht findet hier eben so wenig Statt (§. 471).

2) Der Verleiher kann, wie bereits v. Zeiller bemerkt hat [1]), dem Entlehner auch aus einer Beschädigung verantwortlich werden, wenn er ihn durch Verschulden, z. B. durch Verleihung eines bösartigen, oder mit einer ansteckenden Krankheit behafteten Thieres, oder dadurch, daß er ihm wissentlich eine fremde Sache lieh (§. 945), in Schaden verwickelt hat. — Diese Entschädigungsklage ist aber an den in dem gegenwärtigen §. festgesetzten Termin nicht gebunden.

1) §. 931, Nr. 4.

Verbesserungen.

S.	§.	N.	Zeile	ist zu lesen:	anstatt
3	859	2	3. v. o.	einzelnen	inzelnen
34	865	7	14. v. u.	d. i. nach	d. i. bis zum
71	878	6	10. v. u.	der Vertrag	des Vertrag
73	879	2	17. v. o.	Bey dem ersten	Bey den ersten
91	886	1	19. v. o.	sondern auch	als auch
92	887	1	12. u. 13. v. o.	Streitigkeiten zu beseitigen, die	Streitigkeiten, die
100	892	1	10. v. u.	vorgenommen werden müsse, bevor	vorgenommen werde, erst
103	897	4	14. v. u.	einzugreifen	inzugreifen
145	916	2	16. v. u.	dessen Zustandebringung	deren Zustandebringung
149	918	2	18. v. o.	Vorkaufsrechtes	Verkaufsrechtes
154	920	1	14. v. o.	Einverständnisse	Einverständnissen.
157	922	1	13. v. o.	und ihre	und ihrer
179	927	1	6. v. u.	actio redhibitoria	actio redhivistoria.
189	932	2	11. v. u.	anzusehen seyen;	anzusehen seye;
192	932	5	3. v. u.	zu berechnen: —	zu berechnen;
213	934	1	11. v. u.	ohne das eine	oder das eine
266	959	2	14. v. u.	weder ein Darleihens=	weder Darleihens=
269	959	5	11. v. u.	sondern lediglich in	sondern in
281	966	3	11. v. u.	(das Quantum)	(des Quantum)



PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY